

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC
FACULDADE DE DIREITO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O REGIME DAS TUTELAS DE URGÊNCIA À LUZ DO
PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO:
POSSIBILIDADES DE MUDANÇA.**

MARCUS CLAUDIUS SABOIA RATTACASO

FORTALEZA

2011

Marcus Claudius Saboia Rattacaso

O Regime das Tutelas de Urgência à Luz do Princípio da Efetividade do Processo: Possibilidades de Mudança.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana

Fortaleza
2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

Após a sessão de defesa pública desta Dissertação de Mestrado, o candidato foi considerado **APROVADO** pela Banca Examinadora.

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana
Orientador (UFC)

Prof.^a Dr.^a Germana de Oliveira Moraes
Membro Examinador (UFC)

Prof.^a Dr.^a Joyceane Bezerra de Menezes
Membro Examinador (UNIFOR)

À memória do meu pai, Angelo Rattacaso Junior.
A Rachel.

"Nem tudo o que enfrentamos pode ser mudado.
Mas nada pode ser mudado enquanto não for
enfrentado"

James Baldwin

RESUMO

Ao longo deste trabalho, examinamos de forma crítica o regime processual das medidas cautelares e antecipatórias, cuja análise nos motivou a propor reformulações no texto do Código de Processo Civil. Em outras oportunidades, sequer julgamos necessário empreender alterações formais no texto legal, pois inferimos que eventuais inovações pertinentes ao estudo das tutelas de urgência podem ser concretizadas por meio de interpretações levadas a efeito por acadêmicos e profissionais do Direito, destacando-se o papel dos magistrados. Atestamos que as técnicas de urgência, como mecanismos processuais diferenciados para tutelar os mais distintos bens da vida, devem ser estudadas sob óptica do princípio da efetividade do processo, que, por sua vez, encontra amparo no princípio do acesso à justiça. Isto significa que as medidas de urgência serão igualmente orientadas pela idéia de celeridade, adequação, busca de resultados práticos e conformação aos anseios sociais, tendo a nobre função de combater os efeitos deletérios do tempo aos direitos das pessoas e à funcionalidade do processo. Malgrado as características comuns e a presença da mesma matriz constitucional, o Código de Processo Civil delineou procedimentos distintos para tais medidas, o que implica a criação de empecilhos formais à concretização da efetividade. Por isso, propomos a sistematização das tutelas de urgência, bem como discutimos a possibilidade de outras mudanças, a exemplo do fim da autonomia do processo cautelar e dos provimentos cautelares típicos, plena fungibilidade entre as técnicas, flexibilização do critério da irreversibilidade da medida antecipatória e a instituição da figura da estabilização da tutela.

Palavras-chave: Tutelas de Urgência. Efetividade do Processo. Sistematização das Técnicas Cautelares e Antecipatórias. Propostas de Mudanças.

ABSTRACT

Throughout this paper, we examine critically the procedures of the precautionary and anticipatory, whose analysis led us to propose reformulations in the text of the Code of Civil Procedure. At other times, not even deem it necessary to undertake formal changes in the legal text, because we infer that any innovations relevant to the study of emergency guardianship can be realized by means of interpretations carried out by academics and legal professionals, highlighting the role of judges. Certify that the techniques of urgency, as different procedural mechanisms to safeguard the most distinct property of life, should be studied under the optical principle of effectiveness of the process, which, in turn, finds support in principle of access to justice. This means that the emergency measures will also be guided by the idea of speed, fitness, seeking practical results and conforming to social expectations, with the noble task of combating the deleterious effects of the time the rights of persons and the functionality of the process. Despite the common features and the presence of the same matrix Constitution, the Code of Civil Procedure outlined different procedures for such measures, which implies the creation of formal obstacles to the achievement of effectiveness. Therefore, we propose to systematize the tutelage of urgency, and discussed the possibility of other changes, like the end of the autonomy of the process of appointments and interim precautionary typical, full fungibility between the techniques, relaxing the criterion of irreversibility of the measure and anticipatory institution of the figure of the stabilization of guardianship.

Keywords: Emergency Guardianships. Effectiveness of the Process. Systematization of Anticipatory and Precautionary techniques. Proposals for Change.

AGRADECIMENTOS

O apoio de minha esposa, Rachel, foi essencial pra o ingresso no Mestrado, bem como para a conclusão de todos os trabalhos das disciplinas e para o desenvolvimento desta dissertação. Não esquecerei o carinho, as palavras de incentivo e as críticas construtivas. Toda essa dedicação em meu favor lançou em mim a confiança que precisava para seguir em frente, superando as adversidades que surgiam em minha vida. De fato, os obstáculos não foram poucos, sendo a necessidade de compatibilizar o tempo destinado à família, ao Mestrado e ao trabalho certamente o maior deles. Receba meu beijo carinhoso em sinal do reconhecimento pela paciência durante todo esse período.

Não poderia deixar de lembrar do meu pai, Angelo, aliás, não há nada neste mundo que me impeça de recordá-lo a cada dia, mesmo depois de seu falecimento. Foi meu pai o grande amigo, a minha proteção, o melhor fiador de meus sonhos, o bom papo nas noites que desfrutamos em nossa antiga casa. Neste instante, recordo-me, ainda criança, brincando na Auditoria Militar, segunda casa de meu pai, e posteriormente de seu apoio para que eu ingressasse na Faculdade de Direito. Tenho convicção de que, onde quer que esteja, o senhor divide comigo esta alegria.

Também registro meus agradecimentos a minha mãe, meus irmãos e todos os meus sobrinhos.

Felicito o Professor Dr. Juvêncio, que acreditou no projeto apresentado como trabalho de sua disciplina e aceitou me orientar desde então. De fácil trato, sempre me permitiu ficar à vontade para delinear o conteúdo da dissertação. Da mesma forma, cumprimento a Professora Dr^a. Germana e a Prof. Dr^a. Joyceane, que, de maneira muito gentil, concordaram em participar da banca de avaliação.

Aproveito para saudar todos os meus amigos, em especial ao Newton e aos membros da Procuradoria Jurídica da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará, no caso, Ivo, Liliane, Alisson, Josesito e Gislene, que contribuíram para o aprimoramento deste ensaio, seja por meio de discussões, seja pelo fornecimento de livros. Mais do que um simples local de trabalho, a ARCE é para mim um local de amigos.

Por fim, deixo meus cumprimentos ao Professor Vianey Mesquita, membro da Academia Cearense de Língua Portuguesa, que prontamente se dispôs a fazer a revisão deste trabalho, cujas anotações já me influenciam na redação dos textos em geral.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ENTENDIMENTOS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA	16
1.1 As Tutelas de Urgência como Espécies de Tutelas Diferenciadas	16
1.2 Tutela Cautelar x Tutela Antecipatória: da Doutrina das Diferenças à Moderna Doutrina das Semelhanças	20
2 DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DAS TUTELAS DE URGÊNCIA	28
2.1 Por um Modelo Constitucional de Processo Civil	28
2.2 Fundamento das Tutelas de Urgência.....	33
2.3 As Tutelas de Urgência em Meio às Tensões entre Direitos Fundamentais	40
2.4 O Estado Social e o Pleno Desenvolvimento das Tutelas de Urgência.....	45
3 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE	53
3.1 Desmistificação do Princípio da Efetividade.....	53
3.2 A Relação entre Efetividade e Instrumentalidade do Processo	57
3.3 Os Escopos do Processo como Guias para Obtenção da Tutela Efetiva.....	64
3.4 Os Elementos Conceituais do Princípio da Efetividade e as Tutelas de Urgência.....	69
4 AS TUTELAS DE URGÊNCIA EM DEBATE	80
4.1 Por Que Repensar as Tutelas de Urgência?.....	80
4.2 Sistematização das Tutelas de Urgência.....	83
4.3 Fim da Autonomia do Processo Cautelar	87
4.4 Há Utilidade em Tipificar as Medidas Cautelares?.....	93
4.5 Da Concessão da Tutela Antecipada Preparatória.....	100
4.6 Estabilização da Tutela Antecipada.....	107
4.7 Ampla Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência	115
4.8 Tutela Antecipada e Irreversibilidade dos Efeitos	127
CONCLUSÕES	133
BIBLIOGRAFIA	144

INTRODUÇÃO

O atual estágio de desenvolvimento econômico e tecnológico que caracteriza a sociedade moderna desvenda um modelo de vida pautado pela diversidade de relações entre indivíduos e empresas, bem como por um ritmo desenfreado com que essas relações são desenvolvidas.

Em meio a tal quadro, percebemos que a efervescência econômica e as facilidades da informática rapidamente aproximam agentes interessados em pactuar negócios jurídicos. De maneira cada vez mais célere, consumidores e fornecedores realizam transações, empresas celebram acordos comerciais e pessoas formalizam contratos civis. Enfim, se criam condições para que o fluxo de bens de consumo e de capital atinja a velocidade reclamada pela voraz demanda do mercado.

Além dessas relações que envolvem objetos de feição eminentemente econômica, assinalamos o clamor social por bens deveras necessários para a garantia das condições básicas do ser humano.

Com efeito, diversas pessoas ficaram à margem do crescimento econômico, sendo certo que a revolução tecnológica implicou a perda de espaço do trabalhador braçal que sucumbiu à eficiência produtiva e à economicidade das máquinas, ensejando níveis alarmantes de desemprego e miséria.

Paralelamente aos bolsões de riquezas do mundo dos negócios, persiste a situação de premência daqueles que sequer podem por si mesmos subsidiar uma vida digna. Daí emerge a ideia de mínimo existencial, que exige pronto atendimento do Estado a questões substanciais para a sobrevivência do indivíduo, questões essas diretamente relacionadas a quatro direitos, quais sejam: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça¹.

Indiferentemente do conceito assaz vago de mínimo existencial, declaramos a imperiosidade de se garantir o quanto antes os direitos fundamentais acreditados

¹ A respeito dessa noção de mínimo existencial, vale conferir: BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 277-333.

pela Constituição Federal que, de tão importantes, foram considerados de aplicação imediata (art. 5º, §1º). Por isso, não apenas os direitos notadamente sociais, mas também os de natureza econômica, a exemplo do direito de propriedade, requerem concretização célere e eficaz.

O fato ineludível que salta aos olhos é que tanto nas relações econômicas quanto nas de cunho social o fator tempo se apresenta como elemento primordial para o pleno aperfeiçoamento dessas relações.

De fato, a demora na celebração de negócios e na resolução dos conflitos nascidos desses contratos certamente ocasiona obstáculo ao desenvolvimento econômico. Sob outra perspectiva, a letargia em se garantir no plano material os direitos sociais consagrados pelo legislador constituinte acaba por ceifar, senão a vida, pelo menos a capacidade de o ser humano viver com dignidade.

Logo, se o mundo se movimenta impulsionado pela velocidade das relações ora apontadas, soaria absolutamente contraditório que a jurisdição não estivesse preocupada em ofertar aos jurisdicionados resposta rápida às querelas levadas à apreciação do Estado-juiz.

Decisivamente não se pode conceber separação estanque entre os fatores que surgem na sociedade e no Estado, de modo que este deve estar aparelhado dos mecanismos processuais hábeis e de magistrados vocacionados para atender às demandas das pessoas.

Evidentemente que a perspectiva de prestação jurisdicional rápida não significa que o Estado deva tutelar direitos a qualquer custo, sem levar em consideração o impacto que as decisões acarretarão na sociedade, o que inclui a preocupação com resultados práticos.

Há tempos se postula um modelo de processo civil mais eficiente, capaz de ofertar aos jurisdicionados resposta adequada e célere à discussão sobre a titularidade de determinado bem jurídico sob apreciação do Judiciário².

² Ao comentar a realidade forense em face do Código de Processo Civil de 1973, Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Marina Labate Batalha de Rodrigues Netto destacaram que “decorridos vinte anos de vigência do novo diploma processual, patentearam-se os percalços e as delongas das lides

Em face dessa súplica, instituíram-se alguns instrumentos teoricamente aptos a equacionar essas exigências de celeridade e adequação, em se tratando de prestação da tutela jurisdicional. Sem dúvida alguma, dentre esses mecanismos pensados para situações que albergam riscos de dano irreparável ou de reparação difícil ganha relevo o tema das tutelas de urgência, representadas pelas técnicas cautelares e antecipatórias.

Em verdade, o estudo acerca das espécies de tutela de urgência são vastos e bastante detalhados, notadamente no que toca ao exame dos requisitos dessas medidas e da análise das possíveis diferenças entre os institutos. Quanto a este último assunto, não se pode deixar de demarcar o fato de que doutrina e jurisprudência já envidaram muita energia na missão de distinguir as técnicas de urgência.

Ante este fato, a atualidade de nosso trabalho não reside precipuamente na verificação analítica dos requisitos de cada medida de urgência, tampouco se direciona a traçar as diferenças entre cautelares e antecipação de tutela. A ideia que nos orienta nesta dissertação é a de investigar as tutelas de urgência não apenas sob o manto restrito do Direito Processual Civil, mas, principalmente, à luz do Princípio da Efetividade do Processo, examinando tais tutelas com amparo na influência da Teoria dos Direitos Fundamentais.

Com efeito, nos lançamos na difícil tarefa de revisitar a processualística destinada às medidas cautelares e antecipatórias, a fim de perquirir se há necessidade ou não de se proporem alterações legislativas como forma de melhor atender ao princípio da efetividade do processo.

Acrescente-se, ainda, a ideia de que, ao lado das sugestões de reformulação legislativa, expressaremos os casos em que a mudanças não decorrem necessariamente de modificações no texto legal. Nessas hipóteses, as

forenses, o emaranhado dos preceitos, a complexidade das fórmulas, não obstante a tarefa de simplificação do processo civil muito viesse a dever ao processo trabalhista na aspiração de uma justiça rápida. Entretanto, a avalanche de processos vem criando óbices à prestação da Justiça, apesar dos denotados esforços de juízes sempre atentos à preocupação de celeridade. Processos existem – e não são poucos – que se protraem por dez anos ou mais. Ainda há pouco, o *Jornal do Advogado*, órgão oficial da Ordem dos Advogados do Brasil n. 195/93, protestou: ‘Justiça: majestosa, altiva, imponente e emperrada’ e declarou a “Justiça elitista e ineficiente”. (**Cautelares e Liminares**. 3.ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 23).

modificações derivam do esforço dos magistrados em buscar novos paradigmas com arrimo nas diretrizes da Hermenêutica Constitucional.

Sempre que possível, esse exame privilegiará o estudo sistemático das espécies de tutela de urgência, em vez da tradicional doutrina que apregoa as diferenças entre as medidas.

Essa sistematização está respaldada na imperiosidade de se trabalhar as medidas de urgência de maneira mais simplificada, no lugar de nos perdermos na árdua incumbência de definir conceitos indeterminados, tal como o de “prova inequívoca”, como forma de ofertar tratamento distinto às tutelas que têm o objetivo comum de garantir direitos em situações nas quais o tempo se arvora a destruir os bens da vida prometidos pelo Estado.

É o raciocínio de que “no contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico”³.

Com base nessas noções, esquematizamos nosso trabalho em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, logo após estes escólios introdutórios, traçaremos uma espécie de panorama geral das tutelas de urgência. O objetivo é situar o leitor a respeito do que sejam tais tutelas, examinando-as sob a perspectiva dos mecanismos processuais diferenciados encontrados pelo Estado para concretizar direitos. Ainda neste mesmo capítulo, avaliaremos como a doutrina correlaciona as medidas cautelares e antecipatórias. Especialmente, atestaremos se existe alguma tendência acadêmica que pode vir a prevalecer no que diz respeito à abordagem das técnicas.

No segundo segmento, estudaremos o fundamento constitucional das tutelas de urgência, investigando qual(is) princípio(s) emanado(s) da Constituição Federal pode(m) dar sustentáculo às medidas cautelares e antecipatórias. Essa busca da raiz constitucional das técnicas de urgência será precedida por uma análise da

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 156.

relação entre a Ciência Processual e a do Direito Constitucional.

Com esse enfoque, exploraremos o ambiente em que são pleiteadas e examinadas as medidas de urgência, lugar este onde afloram direitos fundamentais que necessitam de conformação, pois, afinal de contas, conceder ou não uma das medidas significa dar prevalência a certo direito fundamental em relação a outro que momentaneamente com aquele conflita. Ainda no terceiro capítulo, abordaremos qual a ligação entre o modelo de Estado, Teoria dos Direitos Fundamentais e o florescimento das tutelas de urgência.

No terceiro módulo, pesquisaremos o conteúdo jurídico do Princípio da Efetividade, com o objetivo de delimitar os elementos capazes de nortear a compreensão do que realmente é processo efetivo. O objetivo não é outro senão o de relacionar esses elementos ao estudo das tutelas de urgência.

No quarto capítulo, dedicar-nos-emos à verificação das possíveis mudanças no regime das tutelas de urgência, discutindo questões como a da sistematização processual das tutelas, autonomia do processo cautelar, estabilização da tutela, tutela antecipatória antecedente, dentre outros. As sugestões de reformulação legislativa ou de simples interpretação do texto legal, notadamente do Código de Processo Civil, têm por finalidade assegurar o aperfeiçoamento do regime das medidas de urgência, a fim de atender os anseios por um modelo de processo que realmente possa viabilizar a concretização de direitos fundamentais.

No segmento de remate, procedemos à epítome temática de todo o escrito, reunindo seus achados à luz da literatura específica, ao que se seguem os nomes das obras e autores que embasaram teoricamente o texto e arrimaram, sob o ponto de vista prático, as nossas reflexões.

1 ENTENDIMENTOS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.

Antes de trabalharmos as perspectivas de mudanças no regime das tutelas de urgência, há de se definir tais tutelas, examinando-as sob a perspectiva dos mecanismos processuais diferenciados encontrados pelo Estado para concretizar direitos. Ainda neste mesmo capítulo, avaliaremos como a doutrina correlaciona as medidas cautelares e antecipatórias. Especialmente, atestaremos se existe alguma tendência acadêmica que pode vir a prevalecer no que diz respeito à abordagem das técnicas.

1.1 As Tutelas De Urgência Como Espécies De Tutelas Diferenciadas.

Para compreensão das tutelas de urgência, que envolvem os provimentos cautelares e antecipatórios do mérito, parece-nos interessante tecer alguns comentários acerca da ideia de tutela jurisdicional.

A noção de tutela jurisdicional se relaciona com a de tutela de direitos, que, em linhas gerais, representa “a defesa do direito diante de sua violação (ou ameaça de violação)”⁴. Trata-se de “fenômeno situado originariamente no plano substancial do ordenamento”⁵.

Portanto, a tutela de direitos encerra a necessidade de se concretizar os bens abstratamente previstos no sistema jurídico. Como forma de se alcançar a satisfação desses direitos, pode concorrer ou não a intervenção do Estado, ou seja, pode existir ou não tutela prestada pelo Ente Estatal.

Na hipótese de tutela viabilizada mediante o exercício da jurisdição, vislumbramos a figura da chamada tutela jurisdicional dos direitos, traduzindo-se “na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos”⁶.

Por força dessa íntima relação com o direito material, inerente à perspectiva maior de tutela de direitos, acentuamos que a tutela jurisdicional evidencia cuidado

⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 25.

⁵ Ibidem, p. 25.

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

“com o resultado jurídico-substancial do processo”⁷. Denota verdadeira diretriz segundo a qual o processo não pode ser pensado em si mesmo, aprisionado em seus procedimentos e distante da relação jurídica de direito material, sem qualquer preocupação com a busca de resultados práticos.

Particularmente, para o legislador, impõe-se que este esteja atento às diferentes situações jurídicas que ressoam na sociedade, antes de propor a criação de normas processuais. Com efeito, pensa-se em diferentes molduras típicas capazes de tutelar diferentes direitos⁸.

O legislador deve ter consciência de que existem diversas modalidades de crise no plano do direito material a fim de desenvolver técnicas processuais específicas que melhor se conformem à realização de cada direito que se postula em juízo.

Se, por um lado, compete ao legislador o papel de criar normas processuais adequadas às diversidades de direitos contemplados no ordenamento jurídico, por outro, é correto se atribuir ao magistrado o dever de bem escolher as técnicas aptas a solver a demanda entre os litigantes.

Sob esse contexto, invocamos a necessidade de se dotar o sistema processual das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas como “meios hábeis à imposição das normas, soluções e resultados indicados pelo direito material”⁹. Essas tutelas próprias para cada situação da vida derivam de “uma regra de adaptabilidade que é inerente à condição instrumental do processo”¹⁰.

Apesar de tutela jurisdicional não se confundir com atividade jurisdicional¹¹,

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.30.

⁸ De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, “como são diversas as necessidades decorrentes do direito substancial, são variadas as tutelas que precisam ser prestadas para que os direitos possam ser efetivamente protegidos. Assim, por exemplo: o direito que está na iminência de ser lesado exige tutela inibitória; aquele que sofreu dano tem direito à tutela ressarcitória”. (**Antecipação da Tutela**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.42).

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 177.

¹⁰ Ibidem, p. 178.

¹¹ Realmente, a doutrina assinala que “a atividade que culmina na tutela jurisdicional é que confere o caráter de dinamismo à tutela jurisdicional em confronto com a tutela estática das normas gerais e abstratas do direito material. A tutela jurisdicional é o resultado do processo em que se exerce a

podemos assinalar que serão os distintos meios de que pode se servir o julgador para desempenhar sua atividade de conhecer e julgar a demanda que imprimirá diferentes modalidades de tutela. Em termos mais exatos, será o emprego de técnicas diversificadas como meios para se ofertar resposta a determinada situação que dará a nota característica de certa tutela¹².

Em especial para esta dissertação, importam as tutelas de urgência como meios diferenciados que o Estado encontrou para prestar adequadamente a tutela jurisdicional. A particularidade que recai sobre as medidas antecipatórias e cautelares está justamente no emprego da cognição sumária associada à necessidade de se combater os efeitos impiedosos do tempo contra o direito das partes, bem como em desfavor da capacidade de o processo solucionar concretamente a demanda entre os litigantes, não se tratando de um provimento vazio que nada repercutirá no mundo dos fatos.

As normas que regem as tutelas de urgência partem do fundamento de que “as leis do processo poderão reduzir os inconvenientes que o tempo provoca, inevitavelmente, na vida dos direitos, procurando afeiçoá-las às exigências do caso concreto”¹³.

Essa questão do tempo é algo crucial para o entendimento das tutelas de urgência, haja vista a ideia de que, em determinados momentos, o magistrado precisa de instrumentos capazes de garantir o princípio da isonomia dentro do processo. De acordo com a doutrina, “cumpre, pois, a um processo civil moderno, instituir uma redistribuição dos ônus processuais naturalmente decorrentes do

atividade jurisdicional. Ela não reside no provimento em si mesmo como ato processual, mas nos efeitos que ele projeta para fora do processo e para a relação entre as pessoas”. (LAURINO, Salvador Franco de Lima. **Tutela Jurisdicional**: cumprimento dos deveres de fazer e não fazer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 78-79).

¹² Para Flávio Luiz Yarshell, pode-se pensar em diferentes tutelas jurisdicionais com base na necessidade de se conferir distintos provimentos (resultados) ou, então, distintos procedimentos (meios) que conduzam ao resultado final. Nesse sentido: “A distinção – resultado e meios – é importante, pois, quando se cogita de remédios ou de instrumentos para a efetivação de direitos ou interesses materiais, por vezes se está pensando nos próprios efeitos substanciais que o processo deve ser apto a proporcionar; outras vezes, porém, se está pensando nos meios hábeis para conduzir a tais resultados, isto é, no instrumento. A distinção, portanto, é importante porque a busca de tipos de tutela passa ora por um, ora por outro, desses elementos”. (**Tutela Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 31-32).

¹³ SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência**: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 37.

transcurso do tempo, e, para tanto, impuseram-se formas diferenciadas de tutela”¹⁴.

Como as relações jurídicas materiais explicam as diferentes tutelas jurisdicionais, logo, há de se ter em conta as particularidades do contexto onde se deflagram as medidas antecipatórias e cautelares; principalmente o fato de existirem direitos sob situação de extremo risco, cuja demora na prestação jurisdicional, mais do que nos casos ordinários, comprometerá a própria existência do bem jurídico debatido em juízo ou a própria funcionalidade do processo.

Para debelar os males do tempo, há que se estabelecer técnicas processuais que fujam do processo de conhecimento tradicional, porquanto, afinal “a entrega da tutela-padrão (definitiva satisfativa) dificilmente se dá com a rapidez esperada. Entre o momento em que é solicitada e aquele em que é obtida, transcorre considerável lapso de tempo”¹⁵.

Realmente, o juízo de probabilidade característico das tutelas de urgência se revela como alternativa ao processo guiado por cognição plena. Nesta, somente após exaurir todos os procedimentos exigidos para o exercício do contraditório e da ampla defesa, ou seja, somente após percorrer todos os procedimentos relacionados com a instrução probatória, é que o magistrado se manifestará em decisão apoiada em pretense juízo de certeza.

É ideia de que, munido de todos os elementos constantes dos autos e produzidos ao longo do tempo, sendo certo que o processo encerra uma seqüência de atos que se perfaz no tempo, o juiz está em plenas condições de realizar julgamento; em especial, prolatar sentença potencialmente apta a produzir efeitos definitivos e efetivamente solver a querela travada entre os litigantes. Ocorre que nem sempre o direito pode aguardar todo esse tempo para ser implementado.

Por isso, se o Estado condena a autotutela e se compromete a realizar direitos, o mínimo que se espera é que forneça os instrumentos necessários para garantir a concretização dos bens da vida prometidos no ordenamento jurídico. Para

¹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ainda sobre a distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 29-43, out./dez. 2008, p. 35.

tanto, não se pode supor que exista apenas um modelo processual predisposto a tutelar a miríade de direitos constantes do sistema jurídico.

Com efeito, não pode passar despercebido o fato de que a realidade é complexa e os direitos, que não podem destoar do mundo dos fatos, são igualmente complicados, cada qual com suas peculiaridades. Assim, por questões de lógica, somos levado a crer que o processo também deve se aparelhar das técnicas capazes de bem considerar estas especificidades como forma de dar aos jurisdicionados a melhor prestação jurisdicional possível. É nesse campo que as tutelas de urgência despontam.

1.2 Tutela Cautelar X Tutela Antecipatória: Da Doutrina Das Diferenças À Moderna Doutrina Das Semelhanças.

Antes da previsão formal em nosso ordenamento jurídico do instituto da tutela antecipada¹⁶, “debatiam-se doutrina e jurisprudência em temas angustiosos como o da existência ou inexistência de um direito substancial de cautela e o da tutela cautelar satisfativa”¹⁷.

Em outros termos, discutia-se se seria possível medida cautelar que satisfizesse o próprio direito pleiteado, antecipando ao interessado a fruição de determinado bem da vida como via alternativa à espera, por vezes longa, da tutela final.

Com efeito, essa questão ganhava relevo em situações nas quais o risco de dano irreparável ou de reparação difícil não poderia ser debelado simplesmente pelo emprego de medida assecuratória do processo. Não bastava acautelar o processo como instrumento hábil para solucionar concretamente a querela entre os litigantes, ensejando paz social por intermédio de resultados práticos. Era preciso tutelar diretamente o direito material enquanto o Estado-juiz não prestava a tutela definitiva.

De fato, há casos em que se reclama a fruição imediata do bem posto em

¹⁶ A Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994 previu expressamente a figura da antecipação de tutela no Código de Processo Civil.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O Regime Jurídico das Medidas Urgentes**. Disponível no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP: www.direitoprocessual.org.br. Acesso em 15/03/2011.

juízo. Como hipótese, podemos destacar o exemplo de pedido de tutela de urgência para conceder ao pai o direito de levar consigo filho em viagem ao Exterior contra a vontade da mãe. Uma vez concedida medida dessa natureza, ofertando-se ao pai, nos primórdios do processo, o mesmo bem da vida que poderia ser obtido quando da decisão final, sabia-se que no instante da tutela definitiva, certamente, pai e filho já teriam ido e vindo¹⁸.

Por isso, indagava-se: conceder antecipadamente à parte o gozo e fruição de determinado bem é conceder-lhe uma medida cautelar, ou de natureza diferente?

Em meio a esse questionamento, o fato é que ora se indeferiam medidas cautelares sob o argumento de que não se prestavam a antecipar os efeitos da tutela final, ora se acobertava o emprego de tais medidas com função antecipatória.

De qualquer maneira, não faltaram vozes no sentido de que o uso da medida cautelar para o fim de antecipar os efeitos do mérito representava utilização anômala dessa medida de urgência. Aliás, não seria pretensioso asseverar que críticas como essas também deram suporte à constatação do “exagerado crescimento da denominada ‘tutela cautelar inominada’, paralelamente ao decréscimo verificado nas formas típicas e tradicionais de tutela cautelar”¹⁹.

No que diz respeito ao emprego das medidas cautelares satisfativas, certamente, há de se considerar a influência das lições de Piero Calamandrei²⁰, cujos ensinamentos orientaram parte da doutrina pátria que pouco se deteve em traçar diferenças entre a tutela cautelar e a antecipatória.

De acordo com o Mestre de Florença, os provimentos cautelares abarcam os provimentos instrutórios antecipados, os provimentos destinados a assegurar a execução forçada, as cauções processuais, e, até mesmo, as antecipações de provimentos decisórios²¹. Portanto, todas essas medidas provisórias são espécies do

¹⁸ Exemplo dado por: DINAMARCO, Cândido Rangel. **O Regime Jurídico das Medidas Urgentes**. Disponível no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP: www.direitoprocessual.org.br. Acesso em 15/03/2011.

¹⁹ DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Do Processo Cautelar**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.5.

²⁰ Nesse sentido, vale consultar: CALAMANDREI, Piero. **Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares**. Traducción de Marino Ayerra Merín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

²¹ A respeito dessa classificação dos provimentos cautelares: CALAMANDREI, Piero. **Introducción al**

gênero cautelar, independentemente de sua satisfatividade, pois, para Piero Calamandrei, a nota distintiva dos provimentos cautelares está na sua provisoriedade, compreendida como algo que deve perdurar até quando sobrevenha um evento sucessivo que afaste a necessidade da medida²².

Com efeito, “a partir do momento em que Piero Calamandrei adota a provisoriedade como um dos elementos característicos da tutela cautelar, ele acaba por inserir no âmbito do processo cautelar os provimentos antecipatórios”²³.

No Brasil, certos pensadores, a exemplo de José Roberto dos Santos Bedaque²⁴, também entendem que a não satisfatividade deixa de ter relevância para fins de caracterização da tutela cautelar, por conseguinte, para servir de elemento distintivo entre esta tutela e a antecipatória. Para definir a tutela cautelar, põem-se em evidência as notas da provisoriedade e da instrumentalidade.

Com substrato nesse raciocínio, a razão de ser da tutela cautelar é garantir provisoriamente a efetividade de outra, ainda que para isso tenha de antecipar os efeitos do provimento final. Se a antecipação de que se cuida tem por objetivo permitir que o processo chegue ao fim em condições de produzir resultado definitivo e de efeitos práticos, evitando durante esse interregno o perecimento do direito, então a referida tutela é cautelar. Em suma, a tutela acautelatória, satisfativa ou

Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Traducción de Marino Ayerra Merín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, p. 51-69.

²² Ao discorrer acerca do critério que serve para distinguir os provimentos cautelares dos demais provimentos jurisdicionais, Piero Calamandrei informa que “la opinión más extendida, dentro de la cual se encuentran nuestros processualistas más autorizados, es la que ve un carácter constante o, en absoluto, un carácter distintivo de las providencias cautelares en su *provisoriedad*, o sea en la *limitación de la duración* de los efectos (declarativos o ejecutivos) propios de estas providencias. Las mismas difieren, según esta opinión de todas las otras providencias jurisdiccionales no por la *calidad* de sus efectos, sino por una cierta *limitación en el tiempo* de los efectos mismos; [...]. Es conveniente no pasar adelante sin advertir que el concepto de *provisoriedad* (y lo mismo el que coincide con él, de *interinidad*) es un poço diverso, y más restringido, que el de *temporalidad*. *Temporal* es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada; provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga um evento sucesivo, en vista e en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante *el tiempo intermedio*. En este sentido, *provisorio* equivale a *interino*; ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo *intermedio* que precede al evento esperado” (**Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares.** Traducción de Marino Ayerra Merín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, p. 36).

²³ SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência:** de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 33.

²⁴ **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 141-146.

meramente conservativa, tem como marca a dependência funcional em relação à tutela definitiva²⁵.

A bem da verdade, este pensamento parece não ter influenciado apenas parte da doutrina, pois “o legislador inexoravelmente adotou a concepção de tutela cautelar de Piero Calamandrei no Livro III do Código de Processo Civil (Do Processo Cautelar)”²⁶.

Ocorre que essa falta de formal distinção entre as medidas cautelar e antecipatória perdurou até a reforma do Código de Processo Civil, que ofertou nova redação ao art. 273. O legislador possibilitou “antecipação do próprio direito material afirmado pelo autor, mas deu a tal espécie de tutela uma disciplina processual e procedimental própria, diversa da prevista para as medidas cautelares”²⁷.

Realmente, uma vez institucionalizada a figura da antecipação de tutela em nossa ordem jurídica, levantaram-se sensíveis diferenças entre este instituto e o da tutela cautelar. Basta mencionar que a de perfil cautelar é objeto de processo autônomo e se encontra regida por seus 94 artigos do Livro III do Código de Processo Civil. Por outro lado, a técnica antecipatória tem sua processualística ditada somente pelo art. 273 e apresenta traços que destoam do regramento da forma cautelar, tal como a proibição da conceder de ofício e a falta de previsão de procedimento preparatório.

Não se pode olvidar o alerta de alguns autores para o fato de que a tratativa legal distinta entre as espécies de tutela de urgência mal esconde contradição presente no Código de Processo Civil. Isto porque o projeto original do art. 273 foi concebido com supedâneo nas ideias de Ovídio Baptista da Silva, que defende a

²⁵ Ao tratar da instrumentalidade da cautelar, José Roberto dos Santos Bedaque assegurou que, “ainda que possam seus efeitos confundir-se com aqueles produzidos pela tutela satisfativa, isso nas hipóteses em que a cautelar os antecipa provisoriamente, o objetivo dessa modalidade de tutela jurisdicional é assegurar a efetividade de outra. Não tem ela um fim em si mesma, pois não é suficiente para eliminar definitivamente a crise verificada no plano das relações materiais. O pronunciamento de natureza cautelar existe em função de outro, este destinado a dar solução ao litígio, aquele com função de assegurar a efetividade do resultado definitivo. Onde houver cautelar haverá, necessariamente, outra tutela”. (**Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 143).

²⁶ SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência**: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 27.

²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45-46.

separação entre as tutelas cautelar e antecipatória, enquanto o procedimento das medidas cautelares se inspirou na doutrina de Piero Calamandrei, que considera a mencionada tutela satisfativa como espécie de medida cautelar²⁸.

Logo, diferentemente de Piero Calamandrei, Ovídio Baptista da Silva aduz que a medida cautelar é “proteção jurisdicional de *simples segurança*, equivalente a uma forma de tutela preventiva e *não-satisfativa* do pressuposto e provável direito material ou processual a que se presta auxílio judicial”²⁹.

Definição semelhante pode ser extraída da teoria de Giuseppe Chiovenda, para quem as medidas acautelatórias ou conservadoras são aquelas “expedidas antes de se declarar a vontade concreta da lei que nos garante um bem, ou antes de se realizar a sua atuação, para garantia de sua futura atuação prática”³⁰.

De acordo com as teorias há pouco reproduzidas, se o provimento de urgência garante a realização de direito material, mesmo que parcialmente, não se trata de medida cautelar, mas sim de antecipação de tutela.

Essa perspectiva de separação estanque entre as tutelas de urgência, inclusive respaldada pelo Código de Processo Civil, fez com que grande parte dos juristas lançasse suas atenções para as diferenças entre essas medidas.

Procurou-se demonstrar, com efeito, que as antecipações de tutela não se prestavam simplesmente a preservar a capacidade funcional do processo, tal como as de ordem cautelar, mas se destinavam fornecer ao sujeito exatamente aquilo que ele pretendia obter ao fim do processo. A satisfatividade passou a ser o elemento para diferenciação entre as espécies de medidas de urgência.

Com isso, as regras cautelares evitariam que o transcorrer do tempo

²⁸ Jaqueline Mielke Silva assevera que “em razão dessa incongruência do sistema processual civil brasileiro, que contém duas teses antagônicas – que partem de linhas diversas, paralelas, que jamais vão se encontrar – persiste uma grande dúvida entre os operadores do direito: afinal, temos ainda as chamadas cautelares satisfativas ou elas passaram a deixar de existir com a adoção da teoria de Ovídio Araújo Baptista da Silva no art. 273?”. (**Tutela de Urgência**: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 41).

²⁹ DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Do Processo Cautelar**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.3.

³⁰ **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002, p. 331.

privasse o processo dos meios indispensáveis ao bom exercício da jurisdição e a consequente produção, no futuro, de resultados práticos e justos. Por sua vez, as antecipações de tutela tocariam diretamente a vida das pessoas e buscariam ofertar a algum dos litigantes o próprio bem pretendido ou algum benefício que a fruição deste bem poderia proporcionar. Enfim, distinguem-se “medidas úteis a proteger o processo contra os males do tempo e medidas destinadas a resguardar pessoas contra esses males”³¹.

Clássico é o posicionamento de Teori Albino Zavascki, que elevou as distinções teóricas entre a medida cautelar e a antecipatória ao seu grau máximo, chegando até mesmo a cancelar a sujeição destas técnicas a regras procedimentais diferentes, senão vejamos:

- a) sujeitam-se a regimes processual e procedimental diferentes: a cautelar, ressalvada a situação prevista no §7º do art. 273, é postulada em ação autônoma, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; a antecipatória 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 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

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O Regime Jurídico das Medidas Urgentes**. Disponível no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP: www.direitoprocessual.org.br. Acesso em 15/03/2011. O mesmo autor evidencia que “há casos em que os danos causados pelo tempo vão diretamente ao sujeito de direitos, impedindo-o de receber o bem a que tem direito ou privando-o do bem por tempo superior ao razoável, ao lado de casos em que o mal é causado diretamente ao processo e só indiretamente atinge o sujeito”. (Ibidem).

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 antecipação³².

Com base nessas distinções, alega-se que a oitiva antecipada de testemunha ou a constrição judicial sobre certo objeto não concede ao interessado a concretização do bem da vida disputado em juízo. Isto porque a testemunha cujo depoimento provavelmente carregará aos autos elementos importantes para o deslinde da causa somente fornecerá ao juízo informações que serão valoradas na sentença. Malgrado a importância desse depoimento para esclarecer pontos duvidosos, o fato é que se trata apenas de uma prova cujo nível de influência no convencimento do juiz dependerá de exame do magistrado quando das razões de decidir. Já o arresto não põe o bem à disposição do credor, porém do juízo. Em todas essas medidas cautelares, resta evidente a falta de satisfatividade.

Por outro lado, o sujeito que, esbulhado, é reintegrado na posse de seu bem imóvel por força de decisão liminar revela caso típico em que no curso da demanda judicial a parte já usufrui o mesmo bem da vida que lhe poderia ser conferido em sede de tutela definitiva.

Em todos esses exemplos, compreendemos que pouco importa envidar maiores esforços na distinção puramente conceitual entre as espécies de provimentos de urgência para fins de lhes dispensar tratamento processual diferenciado. Até reconhecemos que são “técnicas teoricamente diferentes, endereçadas a situações diferentes, mas todas têm o comum objetivo de neutralizar os efeitos maléficos do decurso do tempo sobre os direitos”³³.

De fato, sobressai a necessidade de se evitar dano irreparável ou de reparação difícil, o que pode ser feito por intermédio de medida com eficácia meramente assecuratória ou satisfativa.

Portanto, “essa preocupação exagerada em distinguir os provimentos sumários cautelares e não cautelares deve ser entendida em seus devidos

³² **Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58-59.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 180.

termos³⁴. Com efeito, as tutelas de urgência devem ser estudadas de forma unitária, sistematizadas, porque, afinal de contas, o instituto da antecipação de tutela “muito se aproxima das cautelares, se é que ontologicamente com elas não se identificam, pois são até fungíveis entre si”³⁵.

O que interessa saber é se o uso de quaisquer das espécies de tutela de urgência mostra-se apto para controlar o efeito deletério que o tempo causa sobre determinado direito. Aqui, o direito a ser protegido pode ser representado tanto pelo direito material propriamente dito como pelo direito que o cidadão tem de acessar a justiça e obter provimento jurisdicional apto a produzir resultados práticos.

A despeito das querelas ainda existentes acerca das distinções puramente conceituais entre os institutos, a doutrina empreende esforços com vistas a aproximar a processualística das tutelas de urgência, sob o argumento de que os pontos de contato são muito mais relevantes do que as diferenças.

As questões da urgência, da cognição sumária, da provisoriedade, do juízo de mera probabilidade ou verossimilhança são traços que atraem os institutos, conquanto uma das tutelas foque diretamente o direito material envolvido, enquanto a outra se destine à preservação da funcionalidade do processo.

Tudo indica que os estudos acerca das medidas cautelares e das antecipações de tutela caminham no sentido de apontar um regramento similar para ambas as modalidades de tutela de urgência, valorizando-se as semelhanças entre estas. Afastam-se eventuais formalismos conceituais que opunham os institutos e impediam a eficaz tutela de direitos.

³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 157.

³⁵ *Ibidem*, p. 157.

2 DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Neste capítulo, estudaremos o fundamento constitucional das tutelas de urgência, investigando qual(is) princípio(s) emanado(s) da Constituição Federal pode(m) dar sustentáculo às medidas cautelares e antecipatórias. Essa busca da raiz constitucional das técnicas de urgência será precedida por uma análise da relação entre a Ciência Processual e a do Direito Constitucional.

Também abordaremos qual a ligação entre o modelo de Estado, Teoria dos Direitos Fundamentais e o florescimento das tutelas de urgência.

2.1 Por Um Modelo Constitucional De Processo Civil.

Eis o momento do Estado Social Democrático de Direito, qualificado pela marca dos direitos fundamentais, verdadeiros vetores que disseminam os valores acreditados e prometidos por esse Estado, orientando a dinâmica de todo o ordenamento jurídico.

Esses direitos positivados na Constituição refletem os valores e necessidades da comunidade em dado momento histórico e em determinado lugar. Mais do que instrumentos de defesa, conferindo aos indivíduos direitos subjetivos, os direitos fundamentais, por força do poder irradiante de valores, apresentam também uma feição objetiva, que corresponde à capacidade de orientar a criação, interpretação e aplicação de todas as normas infraconstitucionais. Por tal motivo, a Constituição passa a desempenhar a importante missão de servir de parâmetro de legitimidade material e formal de toda a ordem jurídica³⁶.

Como esses valores guiam a estrutura normativa subjacente à Constituição, somos impulsionado a refletir sobre a relação entre os diversos ramos jurídicos e o Direito Constitucional. Os temas tratados nesta dissertação, em particular, exigem-nos um pensar sobre o modelo constitucionalmente adequado de processo civil.

Com origem nessa abordagem, vislumbramos carecer de sentido qualquer entendimento que sugira a separação estanque entre o Direito Constitucional e o

³⁶ Neste sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 69-70.

Direito Processual Civil. Com efeito, “a carta política é a fonte primária do direito processual, encontrando-se, nela própria, assim como nas suas leis complementares, inúmeras regras de processo”³⁷.

É inegável que a Constituição, na qualidade de norma suprema, procura tutelar mecanismos de proteção de direitos, inclusive, asserindo que a intenção em constitucionalizar princípios processuais reflete a “terceira dimensão do Estado de direito, pilar fundamental do Estado de direito, coroamento do Estado de direito”³⁸.

Esse olhar constitucional sobre o processo revela “a importância, no Estado de direito, da existência de uma proteção jurídico-judiciária individual sem lacunas”³⁹.

Relativamente à expressão “norma suprema” outrora referendada, devemos interpretá-la em sentido dinâmico, ou seja, a norma constitucional não é simplesmente aquela formalmente disposta na Carta Política protegida contra os rompantes de modificabilidade comuns no plano infraconstitucional⁴⁰. Supremacia constitucional dá os contornos do primado do direito que o Estado pretende assegurar, o direito que se quer como ideologia.

Não se pode compreender que a ideia de supremacia da Constituição signifique a falta do diálogo entre os planos normativos. Pelo contrário. É justamente por estarem locados no topo da pirâmide que os direitos fundamentais não de se aproximar das demais normas, a exemplo das que regem o Direito Processual Civil, guiando-as na direção da legitimidade constitucional. Deste modo, é certo asseverar que os princípios fundamentais realizam “a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo”⁴¹.

A hierarquia constitucional aplicada ao presente caso traduz apenas o fato de que o processo civil constitucionalmente apropriado é aquele cujos procedimentos encontram fundamento de validade nos direitos fundamentais, seja

³⁷ BERMUDEZ, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 111.

³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 268.

³⁹ *Ibidem*, p. 268.

⁴⁰ Ferdinand Lassale menciona “que, no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”. (**O que é uma Constituição?** Tradução de Leandro Farina. 3.ed. Sorocaba: Minelli, 2006, p. 14).

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 294.

no que diz respeito à criação das técnicas processuais, seja no que toca à aplicação destas técnicas no caso concreto.

De fato, não restam dúvidas sobre a comunicabilidade entre essas searas do Direito. Percebe-se clara zona de confluência: de um lado, os direitos fundamentais determinam os parâmetros seguros para a interpretação e aplicação das normas processuais; de outra parte, o processo, sob a égide dos princípios enunciados na Constituição, garante os meios para a concretização de direitos, inclusive dos próprios direitos fundamentais⁴².

Ademais, a influência constitucional de que cuidamos descortina a restrita concepção do processo como instrumento eminentemente técnico, concebido para franquear a pura aplicação do direito substantivo.

Dessa feita, o diálogo com a Constituição imprime também ao processo a característica de instrumento ético, aberto aos elementos que permeiam a coletividade, fatores esses que vão além da mera relação de direito material travada entre os litigantes.

Indiscutivelmente o processo recebe influências de cunho histórico, sociológico e político. Se o processo é mecanismo pensado para compor os entraves da sociedade, e sendo certo que História, Sociologia e Política fazem parte da comunidade, então todos esses fatores hão de bater às portas dos tribunais. Conhecedor dessa dialética, o processualista deverá procurar na Constituição o apoio necessário para promover o equilíbrio entre todas as condições sugeridas, pois, como assinalamos, a Carta Política encerra os princípios fundamentais que traduzem os valores e anseios da coletividade, bem como serve de farol a iluminar o jurista em direção à harmonia do sistema jurídico⁴³.

⁴² Alerta-se para o fato de que “a incipiente constitucionalização jurídica ao alcançar o campo processual impõe uma reformulação na leitura de seus institutos eis que, como afirma Baracho, ‘os estudos dos institutos do processo não podem ignorar seu íntimo relacionamento com a Constituição, principalmente tendo em vista os instrumentos indispensáveis à garantia e modalidades de defesa dos Direitos Fundamentais do homem’”. (NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do estado democrático de direito. Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, vol. IV, ano 3, jul./dez. 2009, pp. 223-249, p. 225).

⁴³ Acerca da relação entre processo e Constituição, vale conferir: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81.

Por tal motivo, seguimos a corrente doutrinária que proclama a existência do “direito processual constitucional”⁴⁴, também chamado de “tutela constitucional do processo”⁴⁵, dentre outras denominações⁴⁶. Com tais expressões, traduzimos “todos os enunciados normativos constitucionais que envolvem ou contornam as relações processuais”⁴⁷.

Assinale-se o fato de que, à margem da discussão terminológica que se possa atribuir à indicada aproximação entre processo civil e Constituição, aliás, debate que não oferece qualquer valia em termos de conteúdo, empregamos aqui a expressão “direito processual constitucional”. Indiferente a esse preciosismo formal, poderíamos muito bem adotar a expressão “direito constitucional processual”, malgrado o ponto de vista de Nelson Nery Junior, segundo o qual as citadas terminologias não podem ser usadas indistintamente⁴⁸.

Querelas acadêmicas à parte, o fato é que a Carta Política anteviu a importância em constitucionalizar uma série de princípios processuais, atribuindo-lhes o *status* de direitos fundamentais, muitos dos quais inventariados no rol de seu art. 5º.

A doutrina explica essa constitucionalização do processo com base em vários argumentos: a) somente assegurando uma posição processual ativa aos

⁴⁴ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco destacam que “a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de direito processual constitucional”. (**Teoria Geral do Processo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81).

⁴⁵ Expressão adotada por Cândido Rangel Dinamarco e “tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional”. (**A Instrumentalidade do Processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27).

⁴⁶ Fala-se também em direito constitucional processual, justiça constitucional, constitucionalização da justiça.

⁴⁷ BOTELHO, Guilherme. **Direito ao Processo Qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 59.

⁴⁸ De acordo com o autor, “existe um Direito Constitucional Processual, para significar o conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um Direito Processual Constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional” (**Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 19). Alinhamo-nos com Guilherme Botelho, para quem essa distinção apontada por Nelson Nery Junior ganha pouca ou nenhuma relevância, principalmente quando se sabe que jurisdição constitucional se conforma aos modelos de controle concentrado de constitucionalidade, sendo que o Brasil optou pelo sistema misto. (**Direito ao Processo Qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 59-60).

cidadãos é que se pode proteger e permitir a realização dos direitos fundamentais; b) o procedimento dita o *modus* em que se desenvolverão os poderes públicos; c) o processo capta o programa normativo da Constituição e concretiza os princípios fundamentais; d) possibilita-se a verificação da justiça da manifestação do magistrado, seja no que diz respeito aos argumentos expostos nas razões de decidir, seja no que diz respeito à parte dispositiva da decisão judicial; e) o estabelecimento prévio de técnicas processuais atende à reivindicação por um processo adequado; f) disciplina a participação dos cidadãos nos procedimentos, sendo um fator de democratização⁴⁹.

Confere-se aos princípios processuais a força normativa necessária a fim de proporcionar o sustentáculo dos preceitos fundamentais em geral, não se fazendo do texto da Constituição letra morta, simples folha de papel.

Se o processo tem a notável função de fazer valer o conteúdo das normas fundamentais postas em situação de vulnerabilidade, seria contraditório que, ante tão magnânimo mister, fossem os princípios que conformam o processo situados no patamar inferior das normas infraconstitucionais.

Atestamos, a propósito, diversos princípios constitucionais informativos do processo expressamente indicados na Constituição Federal, tais como: devido processo legal (art. 5º, LIV); acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV); juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); independência do juiz (art. 95); ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV); liberdade de prova, salvo as obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI); publicidade dos atos judiciais (art. 93, IX); fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX); gratuidade da justiça (arts. 5º, LXXIV, e 134); e duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII).

Outros princípios processuais estão previstos de forma implícita na Constituição Federal, pois os direitos e garantias expressos nesta Carta Política “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º).

⁴⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 899.

Por exemplo, entendemos que são os princípios da imparcialidade do magistrado e da inércia da jurisdição conseqüências dos princípios da independência do juiz (art. 95) e do acesso à justiça (art. 5º, XXXV).

Diante dessa íntima relação entre o Direito Processual, com especial interesse para esta dissertação o Direito Processual Civil e o Constitucional, concluímos que todos os institutos pertinentes ao estudo do processo têm alguma ligação com os direitos e garantias formalmente estampados no texto da Constituição, ou então se inspiram nos princípios implícitos decorrentes do sistema constitucional e dos acordos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil.

Se assim entendemos, somos inevitavelmente impulsionado a explicitar qual a relação entre as tutelas de urgência e os princípios constitucionais. Para sermos coerente com o raciocínio até aqui delineado, temos de apontar qual o fundamento constitucional de validade das tutelas de urgência, ainda que esse fundamento decorra de um princípio não expresso no texto da Constituição.

2.2 Fundamento das Tutelas de Urgência.

Uma vez exposto o que é entendido por modelo constitucional de processo, não podemos nos furtar ao dever de correlacionar as tutelas de urgência com o sistema de direitos fundamentais previstos na Constituição.

Antes mesmo de apontar qual o fundamento último de validade das medidas antecipatórias e cautelares, já podemos supor que a Constituição Federal de 1988, bastante prolixa⁵⁰, teria albergado dentre o vasto espectro dos princípios processuais constitucionais apoio para as tutelas de urgência.

Realmente, não poderia passar despercebido da Constituição o poder do Estado-juiz de conceder tutela precária para antecipar os efeitos executivos do

⁵⁰ Quanto à extensão, a Constituição Brasileira de 1988 classifica-se como analítica, não se propondo simplesmente a enunciar as regras básicas do Estado, mas também apresentar um vasto catálogo de direitos fundamentais, cujas normas indicam uma constitucionalização abrangente da vida social. A propósito dessa classificação, J.J. Gomes Canotilho declara que “o caráter longo não é uma opção; é um resultado da compreensão da lei fundamental como lei material fundamental de um Estado supervisor de uma sociedade pluralista e complexa”. (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 212-213).

processo, desde a mera demonstração pelo autor da verossimilhança do direito material em situação de risco. Tampouco não haveria de deixar de submeter-se à batuta constitucional o exercício, pelo magistrado, do poder de cancelar medida cautelar para assegurar a utilidade prática dos procedimentos cognitivos e de execução.

Com essa convicção, lançamo-nos à tarefa de explicitar qual princípio constitucional do processo proporciona o diálogo entre as tutelas de urgência e a Constituição Federal, de modo a permitir que conheçamos a fonte de legitimidade das medidas antecipatória e cautelar.

Poderíamos, assim, supor que o princípio da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, conformaria as tutelas de urgência.

O princípio da duração razoável do processo somente veio constar no elenco formal de direitos fundamentais da Constituição Brasileira de 1988 com a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Bem antes disso, este princípio já integrava expressamente o ordenamento jurídico, inclusive como direito fundamental, por força do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, tendo em vista a adesão brasileira ao Pacto de São José da Costa Rica, cujo art. 8º menciona a necessidade de uma duração razoável do processo⁵¹.

De fato, há intrínseca relação entre celeridade processual e as medidas que ora analisamos, sendo praticamente impossível não pensarmos em tutela antecipatória e cautelar sem que imaginemos o emprego de técnica processual apta para, em breve espaço de tempo, afastar ou amenizar o mal que assola determinado direito. Apesar disso, as tutelas de urgência não se limitam a tutelas céleres.

⁵¹ Em 25 de setembro de 1992, o Governo brasileiro depositou a carta de adesão ao destacado Tratado internacional, cujo conteúdo passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro a partir da data de 09 de novembro de 1992, quando publicado o Decreto nº 678/1992 que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). De acordo com o art. 8º dessa Convenção assegura-se que: “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Conforme teremos oportunidade de esclarecer neste trabalho, tutela de urgência envolve não apenas a ideia de celeridade, mas também de adequação, busca de resultados práticos e conformação com os valores sociais da coletividade.

Enfrentando essa problemática do *locus* constitucional das referidas tutelas sob diversa perspectiva, Teori Albino Zavascki⁵² assevera que as medidas de urgência não decorrem do princípio do acesso à justiça.

Garante o autor que os defensores do princípio da inafastabilidade da jurisdição como fundamento das citadas tutelas o fazem sob o argumento de que a nota de provisoriedade e urgência dessas medidas estariam explicitadas na expressão “ameaça a direito” constante da redação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Ao criticar esse posicionamento, Teori Albino Zavascki aduz que, enquanto vigente a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, a antiga Constituição Federal, ao tratar dos direitos e garantias individuais, declarava, nos termos do art. 153, §4º, que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Apesar dessa norma constitucional aparentemente excluir, pelo menos em termos formais, o direito de o cidadão ingressar em juízo para requerer prestação jurisdicional contra ameaça a direito, e não a violação concreta do direito, jamais se submeteu a dúvida a existência de um fundamento constitucional para as medidas cautelares, enquanto vigente a Carta anterior⁵³.

Ao afastar o acesso à justiça como princípio que oferece validade às medidas de urgência, Teori Albino Zavascki aponta que as tutelas antecipatórias e cautelares não decorrem de um princípio constitucional em específico.

⁵² Em clássica obra sobre a antecipação de tutela, o autor discorre, em capítulo próprio, acerca do fundamento constitucional das tutelas provisórias, inclusive da cautelar: **Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 60-71.

⁵³ Vale reforçar a ideia de que as tutelas antecipatórias somente foram previstas no ordenamento jurídico brasileiro seis anos após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, por intermédio da Lei nº 8.952/1994, que alterou vários dispositivos do Código de Processo Civil, notadamente alterou a redação do art. 273. Antes disso, inclusive sob a vigência da Constituição de 1969, só se conhecia a figura das medidas cautelares, apesar de a jurisprudência, por vezes, utilizar essas medidas assecuratórias com fins satisfativos.

Na perspectiva do autor, as tutelas de urgência apresentam-se como mecanismos de concretização e harmonização dos mais variados direitos fundamentais que podem vivenciar situação de conflito, de maneira que o fundamento de tais tutelas deriva do sistema constitucional como todo. São as seguintes as suas conclusões:

- a) o poder jurisdicional de decretar medidas provisórias cautelares ou antecipatórias representa, simplesmente, o poder de formular regras de solução para os fenômenos concretos de conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal;
- b) trata-se de poder que nasce não propriamente do art. 5º, XXXV, da Constituição, como tutela preventiva, mas do sistema constitucional organicamente considerado: configurados, como inevitavelmente se configuram na realidade prática, fenômenos de colisão entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição, tornar-se-á inafastável a necessidade de formular solução harmonizadora, tarefa que, na omissão da lei, deve, por imposição do sistema constitucional, ser assumida obrigatoriamente pelo juiz;
- c) por ser inerente à função de decidir conflitos, é poder que decorre não da lei, mas diretamente da Constituição. Dele estaria investido o juiz mesmo que não existisse, na legislação ordinária, autorização semelhante à dos arts. 798 e 273 do Código de Processo Civil, até pela singela razão de que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei” (CPC, art. 126);
- d) as medidas antecipatórias e as medidas cautelares têm objetivo e função constitucional comuns: são instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. E é nesta função instrumental concretizadora que ditas medidas legitimam-se constitucionalmente⁵⁴.

Ousamos discordar do posicionamento ora ventilado, pelo que fazemos as observações delineadas em sequência.

Deve-se atentar para a confusão que se estabeleceu entre o fundamento, a razão constitucional de ser, das tutelas de urgência e o fato de essas medidas estarem em meio a tensões entre direitos. Não é a circunstância de a antecipação de tutela e a medida cautelar dependerem da harmonização entre os direitos postos em conflito que dará o exato balizamento da interpretação das normas processuais pertinentes a essas medidas, nem justificará a aplicação destas pelo magistrado.

⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 70-71.

Em verdade, a mencionada harmonização nada mais é do que um passo necessário para superar obstáculo oponível a que genuinamente se propõem desempenhar as medidas de urgência: concretizar o princípio da efetividade processual.

Por sinal, quando se fala em conciliação de direitos fundamentais, vem à tona o princípio da proporcionalidade, pelo que entendemos que Teori Albino Zavascki se apoia-se na tese de que as tutelas de urgência derivam do mencionado princípio.

Consideramos a proporcionalidade uma espécie de “princípio dos princípios’, verdadeiro *principium* ordenador do Direito”⁵⁵. Não está previsto expressamente no texto da Constituição Federal de 1988, mas decorre do próprio sistema constitucional.^{56 57}

Tem a nobre finalidade de sopesar os valores em conflito e, dessa forma, compor os embates entre direitos fundamentais no caso concreto, indicando como solução desse confronto qual direito há de prevalecer sobre o outro, sem que isso ocasione a eliminação do núcleo essencial do direito eventualmente restringido. Em outros termos, estamos diante de um princípio que garante à Constituição a ideia de unidade.

Deste modo, quando dois princípios colidem, a solução para esse confronto não ocorre na dimensão da validade, como sói acontecer com a colisão entre as regras infraconstitucionais. Na hipótese de colisão entre princípios, deve-se ter em mente a dimensão de peso, ou seja, que os princípios, embora estejam no mesmo

⁵⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 64.

⁵⁶ George Marmelstein Lima esclarece “que, a despeito de não haver, no Brasil, norma constitucional consagrando-a expressamente, afigura-se inarredável sua presença “descoberta” no ordenamento jurídico brasileiro, justamente por ter o Brasil feito a escolha política do Estado Democrático de Direito, em que a proteção dos direitos fundamentais se desloca para o centro de gravidade da ordem jurídica”. (O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Fundamental à Ação: um estudo constitucionalmente adequado acerca das limitações ao direito de ação. **Themis: Revista da ESMEC**, Fortaleza, v 3, n.1, pp. 125-151, 2000, p. 126).

⁵⁷ Ao contrário da nossa, a Constituição Portuguesa deixou expresso o princípio da proporcionalidade, conforme se depreende da leitura do art. 18º, que versa sobre a força jurídica dos preceitos fundamentais: “2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

patamar hierárquico, quando aplicados ao caso concreto, denunciam pesos distintos. Em casos assim, os princípios de maior peso têm precedência sobre os demais⁵⁸.

Por força desse poder de equilibrar direitos fundamentais em conflito, não se quer defender o argumento de que o princípio da proporcionalidade seja hierarquicamente superior aos demais princípios constitucionais. Indicamos que se trata de princípio que tem a função de promover a convivência pacífica entre todos os outros princípios fundamentais, o que lhe revela um *status* especial, pois lhe é atribuída a tarefa, se assim podemos falar, de administrar todos os direitos fundamentais quando saem da convivência perfeita do texto da Constituição para se cotejarem na realidade.

Sob esse fundamento, até entendemos que as tutelas de urgência guardam correlação com o princípio da proporcionalidade, contudo este não é o fundamento constitucional daquelas.

Essa ligação com o princípio da proporcionalidade pode ser facilmente atestada pelo simples fato de o juiz, ao conceder medida antecipatória ou cautelar, ter necessariamente de congruar os direitos postos em situação de conflito.

Vale anotar que os direitos materiais sob apreciação judicial podem até não carregar a marca de direitos fundamentais⁵⁹, mas certamente por detrás da querela travada entre as partes se digladiam os princípios da efetividade do processo e o da segurança jurídica, o que torna imperioso promover a convivência entre estes princípios no caso concreto.

Observamos que a correlação é apenas indireta. O foco mesmo da proporcionalidade são os próprios princípios constitucionais. Mais especificamente, o princípio da proporcionalidade procura a existência pacífica entre os direitos

⁵⁸ A respeito da dimensão de peso entre princípios: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 93-94.

⁵⁹ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni alerta: “o direito fundamental à tutela efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige apenas a efetividade da proteção dos direitos fundamentais, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos. [...] Como se vê, embora a resposta do juiz sempre atenda ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, somente em alguns casos o objeto da decisão é outro direito fundamental, ocasião em que, na realidade, existe o direito fundamental à tutela jurisdicional ao lado do direito fundamental posto à decisão do juiz”. (O Direito à Efetividade da Tutela Jurisdicional na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais. **Gênesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 28, 2003).

fundamentais, que, aplicados a determinado caso concreto, muitas vezes entram em choque.

Por outro lado, o que justifica a existência das tutelas de urgência não é a vocação para solucionar conflitos entre direitos, como se fosse expressão do princípio da proporcionalidade aplicado ao processo. Aliás, afastar eventuais choques entre direitos fundamentais é uma necessidade do próprio sistema constitucional. A razão de ser das medidas de urgência é precisamente garantir que o Estado-juiz, por intermédio do processo, preste a tutela jurisdicional de forma tempestiva e adequada, obtendo, ainda, resultados práticos e em conformidade com os anseios da coletividade.

Assim, não se pode aduzir a ideia de que o princípio da proporcionalidade oferece o fundamento das tutelas de urgência. Pode-se afirmar é que o princípio da proporcionalidade avalia se a solução proposta pelo magistrado para harmonizar efetividade e segurança jurídica foi justa, proporcional.

Enfim, as tutelas de urgência têm por finalidade perseguir a concretização do princípio da efetividade processual. Com isso, essas tutelas existem para: a) preservar a finalidade do processo de fazer valer o conteúdo dos direitos materiais expostos a determinada situação de perigo; e b) outorgar a quem aparenta ser o legítimo titular do direito posto em juízo a fruição imediata deste direito, sem que tenha de passar por todas as privações que o procedimento ordinário lhe possa acarretar.

O móvel das medidas de urgência é o de impulsionar o processo em direção à efetividade e, nesse caminhar, há de se deparar com a questão da segurança jurídica, e, obviamente, com a tarefa de harmonizar efetividade e segurança. Definitivamente, entretanto, para as tutelas de urgência, a questão da harmonização dos princípios fundamentais soa como simples ponte para alcançar seu objetivo, que desvenda sua *ratio*, qual seja: concretizar o princípio da efetividade.

Portanto, declaramos que as tutelas de urgência não têm o princípio da proporcionalidade como sua fonte constitucional, todavia sua matriz repousa no princípio da efetividade do processo, que, por sua vez, decorre do princípio do

acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição, estampado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal⁶⁰.

Corroborando essa conclusão o posicionamento de Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini exposto em sua tese de doutorado:

O direito às tutelas de urgência está assegurado constitucionalmente (art. 5º, XXXV) e a mais moderna utilização das tutelas de urgência, em especial da tutela antecipatória, vincula-se de modo direto com a necessidade de assegurar, em concreto, a eficácia do processo e da prestação jurisdicional, principalmente em seu fator temporal, pela exigência de ser obedecido o prazo razoável⁶¹.

De fato, o princípio da efetividade não aparece de forma explícita no texto da Constituição Federal, mas emana do “princípio-síntese do modelo constitucional do Processo Civil brasileiro”⁶², garantindo sustentáculo às tutelas de urgência.

2.3 As Tutelas de Urgência em Meio às Tensões entre Direitos Fundamentais.

Conforme destacamos anteriormente, as tutelas de urgência não têm o propósito de servir de técnica de harmonização dos direitos fundamentais que entram em choque no caso concreto, sendo sua fonte constitucional o princípio do acesso à justiça, e não o da proporcionalidade.

Afigura-se claro, porém, que, ao estar diante da tarefa de conceder ou não medida antecipatória ou cautelar, o magistrado tem necessariamente de conformar os princípios em estado de tensão. Isto porque o cenário das tutelas de urgência

⁶⁰ Para Tiago Asfor Rocha Lima “a efetividade da prestação jurisdicional decorre, como visto alhures, da garantia do acesso efetivo à justiça e que, na visão processualista, faz parte da terceira fase metodológica do Direito Processual, a qual tem sido denominada de instrumentalista”. (**Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Salvador: JusPodivm, 2009, pp. 33-34).

⁶¹ **Tendência Universal de Sumarização do Processo Civil e a Busca da Tutela de Urgência Proporcional**. Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de doutor em Direito Processual Civil. São Paulo, 2007, p. 159.

⁶² Essa expressão é empregada por Guilherme Botelho para enaltecer a importância do acesso à justiça como princípio constitucional basilar do processo. O autor ressalva, ainda, que se costuma erroneamente ofertar ao devido processo legal essa condição de princípio estrutural do processo, ao argumento de que sua feição substantiva se confundiria com o princípio da proporcionalidade. Ocorre que a proporcionalidade não se limita ao processo, motivo pelo qual haveria de sucumbir essa pretensa relação de abrangência entre devido processo e proporcionalidade. Com isso, o autor rechaça o pensamento de que a obediência ao devido processo legal acarretaria a inevitável consequência do atendimento aos demais princípios processuais. O acesso à justiça é que representa o objetivo a ser perseguido pelo devido processo (BOTELHO, Guilherme. **Direito ao Processo Qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 57-72).

abriga inevitavelmente o confronto entre direitos fundamentais.

É bem verdade que, em determinados casos, essa situação de conflito soa mais aparente porque os anseios imediatos das partes litigantes denunciam a toda evidência a essencialidade dos direitos que se cotejam.

Com efeito, podemos identificar caso em que são postos em acareação o princípio constitucional da liberdade de expressão e a tutela aos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada).

Para tanto, basta imaginarmos situação em que certa empresa jornalística está para concluir a pauta de revista que entrará em circulação nos próximos dias, sendo que em um de seus editoriais constará matéria sobre experiência íntima vivenciada por determinado indivíduo. Uma vez ciente deste fato, o cidadão-alvo da manchete ingressa em juízo com ação de obrigação de não fazer, requerendo medida antecipatória que determine a proibição de a citada empresa não publicar informações a respeito de sua vida pessoal, alegando-se, em síntese, risco de dano a sua imagem e sua honra.

Em hipóteses diferentes da que ora narramos, os princípios fundamentais que permeiam o litígio entre as partes não emergem de forma tão manifesta como no exemplo há pouco indicado. Em verdade, pode até ser que os direitos materiais postos em litígio não carreguem a marca dos direitos fundamentais, mas certamente a querela demonstrará, pelo menos, o embate entre os princípios da efetividade do processo e o da segurança jurídica.

Vejamos a hipótese do sujeito que ajuíza ação, a fim de pleitear nova correção da prova que o desclassificou do certame, bem como requer sua nomeação pelo Poder Público caso venha obter pontuação para se classificar dentre os candidatos que preenchem as vagas ofertadas. Enquanto não decidido o litígio, o autor, atento à questão da utilidade do processo, requer medida cautelar para impor ao Estado a reserva de sua vaga, resguardando-se a hipótese de o requerente vir futuramente a preenchê-la. Por outro lado, em nome da segurança jurídica, o Poder Público aduz que a reserva de vaga, com base em mera probabilidade do direito, afetará a prerrogativa de o Poder Público nomear mais um candidato, só podendo

fazê-lo quando do trânsito em julgado da decisão final.

De fato, o panorama das tutelas de urgência é o do confronto entre direitos fundamentais. A depender da natureza do bem jurídico posto em juízo, haverá de surgir oposição entre os mais diversos princípios constitucionais, mas sempre a disputa envolverá, pelo menos, dois valores: um correlacionado ao princípio da efetividade e o outro ligado ao da segurança jurídica.

Advertimos que efetividade e segurança jurídica encontram-se no mesmo nível hierárquico, não existindo preferência de um sobre o outro. São princípios que, em tese, recebem da Constituição o mesmo grau de importância. Somente no caso concreto é que se poderá deflagrar a preponderância de algum deles, quando então o magistrado se incumbirá de ponderar os riscos que circundam a elevação de certo princípio em razão da restrição do outro.

Examina-se, por exemplo, até que ponto é viável empregar instrumento para concretizar o princípio da efetividade processual, ao mesmo tempo em que se reduz a implicação do postulado da segurança jurídica sem afetar-lhe o núcleo essencial.

Nesse caso, o papel do princípio da proporcionalidade é precisamente avaliar “a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (‘eine Übermasskontrolle’)”⁶³.

Aplicando-se esse raciocínio ao tema aqui desenvolvido, o princípio da proporcionalidade desempenhará importante papel para examinar se a concessão ou denegação da medida de urgência como técnica processual prestou-se como meio legítimo para tutelar o bem da vida levado a juízo.

Geralmente costuma-se dizer que a tardia resposta jurisdicional protege o réu que não tem razão, deixando em situação temerária os interesses do autor. Apesar da veracidade dessa proposição, devemos pensar também na situação oposta.

Assim, a concessão indevida de medida de urgência, sobretudo a

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 393.

antecipação de tutela, com toda sua carga satisfativa, inverte a lógica do risco. Nessa situação, o autor passa a desfrutar ilegitimamente do próprio bem da vida em discussão, ou passa a receber desnecessária proteção do Estado-juiz, ao mesmo passo em se impõe ao réu injustificável ônus. Aqui será o autor que não tem razão o maior interessado na lentidão processual, após o deferimento de sua tutela de urgência.

Precisamente com o intuito de evitar esses excessos é que há de se empregar o princípio da proporcionalidade, verdadeiro sinal indicador da legitimidade da solução encontrada para o embate entre efetividade e segurança jurídica. Com efeito, o exame da proporcionalidade aplicado à análise das medidas de urgência oferece-nos o exato parâmetro do que seja “tutela de urgência proporcional”⁶⁴.

Para atestar se essa solução foi realmente adequada, balizando-se por justos limites, faz-se indispensável guiar-nos pelos subprincípios da proporcionalidade⁶⁵.

No que diz respeito à idéia de adequação, tem-se que, diante da situação fática exposta nos autos, as medidas antecipatórias e cautelares devem ser aptas para tutelar o direito material ou garantir a própria funcionalidade do processo, respectivamente. Na qualidade de meio, tais medidas devem ser adequadas para obter o fim perseguido, qual seja: o de concretizar o princípio da efetividade.

Ocorre que essa aptidão em obter o fim colimado não pode ocorrer a qualquer custo, conforme já sublinhamos. Além de adequada, a medida tem de ser exigível.

⁶⁴ Expressão utilizada por Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini, referindo-se à tutela “idônea para proteger o interesse do autor, necessária no sentido de que não haja nenhuma outra eficaz para proteger o direito e que seja a menos onerosa ao requerido. Deve ser proporcionada no sentido de que, ponderados os danos que a medida evita ao autor e que causa ao réu, não provoque mais danos do que evita. [...] Destarte, pode-se definir como ótima, razoável ou proporcional a medida urgente quando for a única apta para afastar o perigo que ameaça o direito do requerente, não devendo ser decretada quando os danos que possa causar ao requerido sejam consideravelmente superiores aos danos que procura evitar”. **Tendência Universal de Sumarização do Processo Civil e a Busca da Tutela de Urgência Proporcional**. Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de doutor em Direito Processual Civil. São Paulo, 2007, p. 160-172).

⁶⁵ A respeito dos subprincípios da proporcionalidade: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 68-71; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 264-265.

Quanto à questão da necessidade, faz-se o alerta de que o emprego das tutelas de urgência somente se justifica se, no caso concreto, não existir qualquer outro meio processual menos lesivo aos interesses da parte que terá de suportar os efeitos da concessão da medida. Incumbe ao julgador perquirir se não existe outro mecanismo processual igualmente eficaz, mas que importe em menor restrição ao princípio da segurança jurídica.

Por fim, sob o pálio da proporcionalidade em sentido estrito, põem-se na balança os benefícios e os prejuízos advindos da aplicação da medida de urgência. Como afirma J.J. Gomes Canotilho, “trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”⁶⁶.

Esse balanceamento, por sinal, faz-se com apoio na ponderação dos riscos postos em jogo. Assim, é de se avaliar se aportam menos riscos na concessão da tutela de urgência, em geral com base na simples verossimilhança do direito alegado, do que na sua denegação.

Balancear riscos significa, no caso, distribuir de forma isonômica os ônus processuais entre as partes, pelo que proporcionalidade se aproxima do conceito de igualdade⁶⁷.

Aliás, em se tratando de isonomia, calha fazer uma observação. Entendemos que as tutelas de urgência justificam-se como mecanismos dispostos a realizar o princípio da efetividade, o que, à primeira vista, pode dar a impressão de que o emprego dessas medidas tende a proteger unicamente os interesses do autor. Não é isso. Ao terem como meta a busca pelo processo efetivo, a antecipação de tutela e cautelar não pretendem garantir os interesses do autor, sacrificando a qualquer custo os do réu. Essa não é a proposta do processo efetivo.

⁶⁶ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 265.

⁶⁷ Já se assinalou que “os princípios da isonomia e da proporcionalidade, aliás, acham-se estreitamente associados, sendo possível, inclusive, que se entenda a proporcionalidade incrustada na isonomia, pois como se encontra assente em nossa doutrina, com grande autoridade, o princípio da isonomia traduz a idéia aristotélica – ou, antes ‘pitagórica’, como prefere Del Vecchio – de ‘igualdade proporcional’, própria da ‘justiça distributiva’, ‘geométrica’, que se acrescente àquela ‘comutativa’, ‘aritmética’, meramente formal – aqui, igualdade de bens, ali, igualdade de relações (cf. J. C. Salgado, 1986, p. 45 e s.)”.(GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 65).

O conteúdo desta observação aufero o respaldo da doutrina:

A perfeita compreensão do princípio da proporcionalidade torna patente a sua importância para a efetividade do processo. Com efeito, na medida em que o juiz, ante tensão conflitiva de princípios, procede à avaliação dos interesses em jogo e adota a solução mais adequada à *fattispecie*, estará certamente contribuindo para a efetividade da tutela jurisdicional. É que a efetividade da tutela jurisdicional não deve ser vista exclusivamente sob a perspectiva do autor, mas também da do réu, uma vez que a ação, garantia constitucional, tem caráter bilateral⁶⁸.

Logo, o princípio da proporcionalidade serve como instrumento para harmonizar os direitos fundamentais em conflito, equilibrando os riscos entre as partes litigantes. Por seu intermédio, afere-se a legitimidade da exaltação do princípio da efetividade em relação à segurança jurídica, solução que deve estar em consonância com as peculiaridades do caso concreto após passar pelo exame dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na hipótese das tutelas de urgência, acentuamos que o princípio da proporcionalidade surge como espécie de contraprova da concessão ou denegação da medida antecipatória ou cautelar.

2.4 O Estado Social e o Pleno Desenvolvimento das Tutelas de Urgência.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em Assembleia Nacional, na data de 26 de agosto de 1789, apontou para “um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano”⁶⁹.

Conquanto o grande mérito de romper com o antigo regime das monarquias absolutas e estabelecer a positivação de direitos na Constituição, bem como a separação entre poderes, a história demonstrou que a concepção liberal-burguesa do século XVIII não mais se mostrou suficiente para atender aos reclamos dos cidadãos por um modelo de Estado apto a realizar direitos.

⁶⁸ LOPES, João Batista. Princípio da Proporcionalidade e efetividade do processo. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 137.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 85.

O Estado Liberal foi aquele marcado pela noção negativa de liberdade, em que o indivíduo seria tanto mais livre quanto mais distante estivesse do poder estatal. Essa perspectiva de liberdade se amoldava à ânsia burguesa pelo Estado Mínimo, pouco intervencionista.

Vê-se que esse padrão de liberdade se distanciou em muito da liberdade pensada pelos antigos, que teve em Aristóteles, representante dos gregos, e em Cícero, expoente dos romanos, os grandes defensores da natureza política do homem e de sua sociabilidade natural.

Para os antigos, o homem seria verdadeiramente livre se considerado como sujeito que participava ativamente da vida da pólis. Não se poderia imaginar a liberdade do ponto de vista individual, como o sujeito buscando benefícios próprios, por seus próprios meios e guiando-se pelo livre arbítrio. A liberdade estava umbilicalmente ligada à ideia de impulso natural para a vida em comunidade, porque, afinal “a capacidade para viver na cidade é uma potência não racional, na medida em que pode produzir apenas um dos contrários (não depende do homem ser ou não ser um animal político), é inata e independe da escolha humana”⁷⁰.

Contraopondo-se à clássica percepção de liberdade, o Liberalismo teve em Thomas Hobbes o arauto da crítica à teoria do homem como animal político, da liberdade positiva. Ergueu-se a bandeira da liberdade tomada em sentido individual, segundo o qual o homem livre é aquele que pode caminhar sem interferências externas, rumo à obtenção de seus intentos pessoais. Assim se evidencia o “princípio do benefício próprio, que afirma que a natureza humana conduz, em primeiro lugar, à procura de que o homem considera bom para si mesmo, sendo todo o resto desejado no interesse desse fim, inclusive a comunidade política”⁷¹.

Além da mudança de visão acerca da liberdade, o Estado Liberal apregoou a ideia de isonomia formal. Os cidadãos seriam hipoteticamente iguais perante a lei, apesar de a realidade desvendar situações em que a simples previsão normativa dessa igualdade não seria suficiente para operar na prática tratamento similar a

⁷⁰ FRATESCHI, Yara. **A Física da Política**: Hobbes contra Aristóteles. Campinas: Unicamp, 2008, p. 21.

⁷¹ Ibidem, pp. 28-29.

indivíduos que vivenciavam as mesmas situações.

Também é de se notar que a compreensão da igualdade formal harmoniza-se à exigência do Estado Mínimo. Afinal, a garantia material da isonomia haveria de carecer da intervenção do Estado na sociedade para concretizar a expectativa de que a todos os homens é de ser dispensado tratamento semelhante.

Portanto, todas essas marcas do Liberalismo deixam à mostra a obsessão burguesa pela segurança jurídica, ao ponto de o Direito praticamente limitar-se ao que estava inserido nos códigos, cujas normas procuravam ser as mais exaustivas possíveis.

Essa codificação, tendo o Código Napoleônico como notável registro desse período, representava a preponderância da técnica legislativa ante a atividade jurisdicional, que deveria se limitar a indicar o conteúdo da lei.

Evidentemente, esses traços do Estado Liberal repercutiram no modelo de processo daquela época. Como se exaltava a segurança jurídica, e as discussões em torno de celeridade, adequação, resultados práticos e conformidade social da tutela jurisdicional não atraíam a atenção do Estado, logo percebemos que seria ultraje cogitar em medida que pudesse, antes do trânsito em julgado, antecipar os efeitos da fase executiva⁷².

Até mesmo as tutelas cautelares, que não têm cunho satisfativo, eram vistas com certa restrição. Procurava-se limitar a utilização das medidas cautelares por meio da enumeração taxativa das cautelares típicas, mas não se concebia um poder geral de cautela ao juiz. Entendia-se que a concessão ampla de medidas assecuratórias representava mais poder para os magistrados, franqueando ao Estado-juiz a possibilidade de intervir mais diretamente na relação de direito material travada entre as partes, o que era não visto com bons olhos pela ideologia liberal.

Enfim, o emprego de técnicas processuais, tal como as tutelas de urgência, que pudessem acarretar alguma restrição à liberdade e, sobretudo, à propriedade

⁷² Registramos que o emprego do termo “fase” melhor se conforma ao atual modelo sincrético de processo, em que as “fases” de cognição, execução e cautelar se imiscuem no mesmo processo. Quando da concepção liberal, porém, havia uma divisão entre os processos de conhecimento, execução e cautelar, cada qual considerado por si mesmo.

das partes litigantes, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, traduzia inconcebível atentado ao valor da segurança jurídica. Este valor encontrava na coisa julgada sua mais alçada expressão processual.

Atento a essa repercussão do pensamento liberal sobre o processo, Arruda Alvim destaca a ideia de que,

Paralelamente, foram desenvolvidas normas processuais correspondentes aos paradigmas daquele momento histórico. Amparado na premissa de que as soluções jurisdicionais deveriam declarar o direito com o mais elevado grau de certeza possível, o processo tornou-se alvo de um cientificismo conceitual extremo, e o procedimento foi subdividido em diversas fases e exaustivamente regulamentado⁷³.

Em seguida o citado autor acentua que ainda persistem em nossos códigos resquícios do modelo liberal de processo, senão vejamos:

A estrutura rígida e o caráter moroso do processo de conhecimento herdado desse período é ainda perceptível em nossos códigos – abstraídos, naturalmente, os mecanismos posteriormente implementados, tendentes à abreviação do procedimento. A premente necessidade de uma resolução mais segura do que célere das situações litigiosas constitui, certamente, a razão do preciosismo científico e do alto grau de regulamentação do processo de conhecimento, assim como também foi a causa da sobrelevação da coisa julgada à realização prática do direito material e à consecução de uma decisão justa⁷⁴.

O Estado Liberal, no entanto, haveria de sucumbir. Havia tempos a sociedade clamava por um Estado mais participativo, que não se limitasse a garantir formalmente direitos, mas principalmente se encarregasse de efetivá-los. A mera dicção dos textos legais mostrou-se insuficiente para atender às reivindicações dos indivíduos que, mais do que a simples moldura das normas, demandavam a efetivação dos conteúdos dos direitos à saúde, educação, moradia, lazer.

Definitivamente, isonomia formal tornou-se sinônimo de desigualdades, pois, sob o pálio da liberdade individual, apenas alguns tinham condições de alcançar a realização material dos direitos positivados, sem a interferência do Estado.

Nisso também se inclui o fato de que, em virtude de obstáculo externo

⁷³ A Evolução do Direito e a Tutela de Urgência. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 152-175, p. 154.

⁷⁴ Ibidem, p. 154.

impeditivo ao cumprimento imediato da norma substantiva, poucos eram dotados de capacidade para exercer judicialmente seus direitos. Isto porque financiar as discussões judiciais e aguardar a demorada prestação jurisdicional para obter a fruição do direito eram condições que somente pequena parte da população poderia suportar.

A ode aos direitos de defesa, concebendo a liberdade contra o Estado, não obstante sua importância para a segurança dos indivíduos ante a possíveis arbitrariedades do Poder Público, referência dos direitos fundamentais de primeira geração, não era bastante.

Nessas circunstâncias, emergiu o chamado Estado Social, tendo como marcos desse período a Constituição Mexicana (1917) e a Constituição de Weimar (1919). Diferentemente do antecessor, o novo modelo de Estado recebeu influências das ideias republicanas, afastando o ideário liberal de que a liberdade dos cidadãos era aquela que deveria ser buscada sem qualquer participação estatal.

Com esse pensamento, afirmou-se que não se poderia conceber o homem verdadeiramente livre sem que lhe fossem efetivamente conferidos os direitos positivados nos códigos e na Constituição. Ocorre que, para garantir a realização material desses direitos, fazia-se imperioso empreender esforços em busca de uma justiça distributiva, o que inevitavelmente dependeria da colaboração do Estado.

Nessa fase de transição, a história não poderia ser melhor exemplo. O Estado Liberal havia assistido de longe à perpetuação das desigualdades sociais e à frustração daqueles que simplesmente acreditavam no texto frio das cartas políticas como sendo o caminho para a fruição de seus direitos. Era preciso um novo Estado. Rogava-se por novos direitos.

Com o recente Estado vieram também os chamados direitos sociais, que foram assim definidos por Arruda Alvim:

Em síntese, podem os direitos sociais ser definidos como direitos subjetivos de natureza predominantemente individual, voltados à concretização da dignidade humana em termos substancialmente isonômicos, cuja concretização depende, no mais das vezes, da postura ativa do Estado no

sentido de assegurar tratamento especial aos indivíduos que se inspiram em grupos particulares⁷⁵.

Lançava-se a segunda geração de direitos fundamentais, direitos estes de feição notadamente prestacional que rogavam a participação ativa do Estado na sociedade e, por conseguinte, na esfera jurídica dos indivíduos, a fim de ofertar isonomia real aos cidadãos que se encontravam em situação de inferioridade, principalmente em inferioridade econômica.

Essa perspectiva de Estado sobrevive, com algumas reinterpretações, inclusive com as novas influências dos direitos fundamentais de terceira geração, até os dias atuais, não sendo demais asseverar que nosso Estado Democrático de Direito é também Estado Social de Direito⁷⁶.

O cenário em que floresceu o Estado Social reservou campo fértil para o desenvolvimento das tutelas de urgência, ampliando, inicialmente, as possibilidades de concessão das medidas cautelares por intermédio do poder geral de cautela, e, posteriormente, permitindo o surgimento das tutelas antecipatórias.

Fácil é perceber que, se o Estado se propõe garantir a isonomia material, então haverá de se preocupar com a realização prática dos direitos, ou seja, haverá de se guiar na direção das mudanças na realidade dos fatos. Com isso, o processo, como estrutura posta pelo Estado a serviço dos cidadãos, que não podem se valer da autotutela para fruir determinado direito cuja realização está sendo impedida por algum fator alheio a sua vontade, há de se cercar de técnicas processuais tendentes a promover efetivamente o conteúdo desses direitos.

Não só isso. Como os direitos sociais encerram direitos em que o caráter econômico não é o primordial, mas sim a tutela específica do direito perseguido, tal como o direito à saúde, e que deve ser garantido de forma urgente para permitir a existência digna do cidadão, logo testemunhamos a necessidade de o processo

⁷⁵ A Evolução do Direito e a Tutela de Urgência. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 152-175, p. 162.

⁷⁶ É o que preceitua Paulo Bonavides: “A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercícios de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento”. (**Curso de Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 371).

assenhorear-se de mecanismos capazes de dar aos jurisdicionados respostas práticas, tomadas na maior brevidade possível.

No primeiro instante, viu-se a necessidade de se ampliar os poderes do magistrado de modo a permitir que este pudesse empregar vastos mecanismos assecuratórios para garantir a utilidade dos processos de cognição e execução, quando diante de algum dano, ou risco de dano, que pudesse comprometer a funcionalidade do processo.

Mais tarde, vislumbrou-se a necessidade de não apenas proteger o processo mesmo, mas também de ofertar ao cidadão a imediata fruição do bem da vida posto em juízo, seja porque o jurisdicionado demonstrou aparência da titularidade do direito em situação de risco, seja porque, independentemente de mal que pudesse recair sobre o direito, o cidadão demonstrou de forma clara a titularidade do bem ou de parte dele, não sendo razoável defender a ideia de que, em situações como essas, o indivíduo somente pudesse usufruir esse direito após o trânsito em julgado da decisão que lhe fosse favorável.

Vale anotar que esses direitos sociais encontraram respaldo distinto dos direitos patrimoniais exaltados pelo Estado Liberal. Enquanto aqueles retiravam sua força normativa da Constituição, estes se apoiavam nos Códigos, conforme destacamos anteriormente.

Não é que os direitos de primeira geração ficassem fora do rol de direitos constitucionais, mas sim que, enquanto vigoroso o pensamento liberal clássico, o fenômeno da codificação parecia preponderar perante a ideia de constitucionalização, talvez até pelo fato de as regras infraconstitucionais serem dotadas de maior capacidade descritiva, enumerando, o mais exaustivamente possível, as situações fáticas que seriam enquadradas pela moldura normativa, o que satisfazia o desejo liberal por segurança jurídica.

Com a chegada dos direitos sociais e da mudança de concepção do Estado, que passou a se preocupar com os fatores sociais, econômicos e políticos, os princípios constitucionais, com toda sua textura aberta para absorver os influxos da coletividade, em atenção aos mencionados eventos sociais, econômicos e políticos,

sobreveio uma nova hermenêutica constitucional.

Então se franqueou aos magistrados, outrora vassalos da interpretação literal das leis, a possibilidade de interpretar amplamente esses princípios, com todos os valores nele contidos. Naquele instante, os julgadores perceberam que, ao lado do valor segurança jurídica, existia a necessidade de conceber o processo sob a perspectiva da efetividade.

Apesar do avanço na concepção dos novos direitos e da mudança de mentalidade instaurada em torno da perspectiva de Estado e do Direito Constitucional, não há como esconder o grande entrave de nosso tempo. Trata-se de “como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos”⁷⁷.

Decisivamente, não se pode cancelar o fato “de o jurisdicionado que bate às portas do Estado-juiz aceitar que o instrumento que lhe foi colocado à disposição para a pacificação dos conflitos se mostre ineficaz. Seria situação de extrema inquietude ante a proibição explícita da autotutela”⁷⁸.

Com esse pensamento, especialmente no que diz respeito ao ímpeto do Estado de incorporar ao ordenamento jurídico técnicas processuais capazes de abreviar a resposta prática ao cidadão que roga a realização urgente de determinado direito social, as medidas de urgência encontram o palco ideal para seu florescimento.

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 373.

⁷⁸ GOMES, Victor André Liuzzi. **Intervenção de Terceiros e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 30.

3 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

No terceiro módulo, pesquisaremos o conteúdo jurídico do Princípio da Efetividade, com o objetivo de delimitar os elementos capazes de nortear a compreensão do que realmente é processo efetivo. O objetivo não é outro senão o de relacionar esses elementos ao estudo das tutelas de urgência.

3.1 Desmistificação do Princípio da Efetividade.

Seguindo os passos trilhados pela moderna doutrina, é seguro ressaltar que praticamente todos os juristas, ao discorrerem acerca dos mais variados institutos do Direito Processual Civil, não deixam de enaltecer a ideia de efetividade do processo, ou seja, a noção de que o processo é mecanismo direcionado a produzir resultados práticos, influenciando a realidade dos fatos⁷⁹.

Apesar de “crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de ‘efetividade’ é, por si, algo vago”⁸⁰. A doutrina elevou a efetividade processual à condição de “pedra de toque do direito processual, conceito de noção abrangente ‘de dose inevitável de fluidez’, que acaba por proteger lições e fins dos mais diversos”⁸¹.

Comuns em Ciência Processual e, aparentemente, autoexplicativas, expressões do tipo “efetividade do processo”, “tutela efetiva”, nem sempre são conceituadas de modo satisfatório.

A doutrina, talvez julgando ser desnecessário envidar maiores esforços na definição do que constitui, realmente, essa tão propalada efetividade, transmite uma mensagem incompleta do princípio.

⁷⁹ Destacando esse enfoque peculiar dos doutrinadores, Juvêncio Vasconcelos Viana assevera que, “de tempos para cá, verificou-se uma (necessária) mudança de mentalidade no estudo do processo, e, dentre as preocupações dos juristas modernos, tem-se evidenciado a denominada ‘efetividade do processo’. A doutrina – especialmente essa – tem tentado fazer um estudo do processo mais atento aos seus resultados, buscando, como bem propõe Mauro Cappelletti, menos a ótica de seus ‘produtores’ e mais a dos ‘consumidores’ da atividade jurisdicional”. (**Efetividade do Processo em Face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 13).

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 15.

⁸¹ BOTELHO, Guilherme. **Direito ao Processo Qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 50.

Não raras vezes, essa vocação do processo para produzir resultados práticos chega a ser simplificada identificada como a ágil prestação da tutela jurisdicional, traduzindo-se, assim, o processo efetivo em processo célere⁸².

Até compreendemos que o fator tempo é crucial para o entendimento da efetividade, consoante já apontou Mauro Cappelletti quando discorreu acerca dos obstáculos a serem transpostos na busca pelo acesso efetivo à justiça,

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no art. 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de 'um prazo razoável' é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível⁸³.

Embora, na maioria dos casos, processo efetivo seja também processo célere, até porque a demora exacerbada do Poder Judiciário em oferecer resposta à discussão levada a juízo pelas partes pode ocasionar o perecimento do direito sob debate, o fato é que a celeridade é atributo da efetividade, com esta não se confundindo⁸⁴.

Não se pode olvidar, ainda, que alguns estudos assinalam que efetividade se assemelha à utilização adequada das técnicas processuais. Desse modo, tutela efetiva seria mera consequência da escolha feita pelo magistrado, dentre o rol de técnicas estampadas no ordenamento jurídico, daquela que, em tese, estaria em condições de fazer valer o direito posto sob apreciação do Poder Judiciário.

⁸² Nesse sentido: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 79-81.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, pp. 20-21.

⁸⁴ De acordo com Eduardo Calais, "cumpre asseverar que muito se tem discutido nos últimos tempos sobre a efetividade do processo, notadamente depois da reforma do CPC, em 1994, e da 'reforma da reforma' no biênio de 2005-2006, todavia, o que se percebe é uma preocupação exacerbada apenas com a celeridade do processo, levando a crer que processo efetivo é simplesmente sinônimo de processo célere. Não! Efetividade não pode ser confundida apenas com celeridade. Esta é, de fato, um atributo muito importante da efetividade, mas que deve ser somado a outros para que se possa falar verdadeiramente em um processo efetivo, afinal, por vezes, melhor será uma justiça não tão rápida do que uma injustiça célere". (A Tutela Inibitória e a Efetividade do Processo. In: JÚNIOR, Humberto Theodoro; LAUAR, MAIRA TERRA (Coord.). **Tutelas Diferenciadas como Meio de Incrementar a Efetividade da Prestação Jurisdicional**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 191).

Malgrado a relação que existe entre efetividade, celeridade e adequação da técnica processual para permitir a satisfatória tutela jurisdicional do direito, esses três princípios processuais não devem ser compreendidos como sinônimos.

Isto porque a rápida prolação de uma decisão não traduz a certeza de que o processo atendeu ao princípio da efetividade. Essa conclusão se mantém ainda que a destacada decisão tenha sido exarada em conformidade com os mecanismos processuais hipoteticamente aptos para garantir determinado direito, sob a óptica de que as normas que enunciam diferentes modalidades de técnicas processuais devem atender às distintas situações de direito substancial.

Portanto, o princípio da efetividade vai além de uma prestação jurisdicional rápida e adequada. Significa, igualmente, a garantia de que o jurisdicionado estará em condições de exercer o direito que defendeu em juízo e foi legitimamente chancelado pelo Estado-juiz.

O processo efetivo é aquele que não se exaure em si mesmo e persegue a tutela útil do bem da vida. Em outros termos, trata-se de processo movido pela incessante busca da satisfação plena do direito material, conferindo ao destinatário deste direito a mesma fruição que teria se jamais houvesse deparado o obstáculo oposto pela parte contrária⁸⁵.

E, para se atingir essa tutela útil do direito, ao processo impõe-se também a observância das estruturas sociais em geral, não se prendendo às relações materiais diretamente relacionadas às partes litigantes.

O magistrado deve estar atento ao fato de que sua decisão se concretizará na sociedade civil. Por isso, a manifestação judicial que não encontra na sociedade o ambiente propício à efetiva satisfação do direito substantivo não passará de um título inexecutável, ou, visto de outra forma, de uma decisão cujo conteúdo está em descompasso em relação às expectativas sociais.

⁸⁵ Para Nelson Luiz Pinto, “o que interessa para o destinatário da prestação jurisdicional é a possibilidade concreta de obter proteção ao direito substancial afirmado, e não, ao contrário, ser indenizado em razão das lesões sofridas”. (A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, n. 105, p. 48-49, jan./mar. 2002).

Procedidas a todas essas considerações, parece-nos que foi José Carlos Barbosa Moreira quem apresentou a mais completa definição acerca da efetividade do processo, em clássica conceituação, que descreve, em tópicos, as metas a serem perseguidas pelo processo a fim de proporcionar ao jurisdicionado a fruição plena do direito assegurado em juízo, senão vejamos:

“a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.”⁸⁶.

Analisando os elementos que integram este conceito, infere-se, como outrora tivemos a oportunidade de ressaltar, que a celeridade corresponde tão somente a um dos tópicos que compõem a noção de efetividade processual, no caso o tópico “e”.

Da mesma forma, a ideia de que o processo deve dispor de mecanismos distintos e adequados, para serem aplicados aos mais diversos direitos materiais, também desponta como um dos aspectos do processo efetivo, retratado nos tópicos “a” e “b”.

Mais do que celeridade e adequação, a tutela efetiva, a teor do que é preconizado no tópico “d”, é aquela que acarreta a realização prática do direito substantivo, ofertando ao vitorioso da demanda a utilidade plena que o direito lhe poderia proporcionar.

Para tanto, faz-se imperioso, consoante se depreende da leitura do tópico

⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o Problema da Efetividade do Processo. **Temas de Direito Processual Civil**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.27-28.

“c”, que o magistrado não restrinja suas atenções ao interior do processo, na busca das melhores técnicas e na solução dos impasses procedimentais.

Compete ao julgador compreender o mundo extra-autos, reconstituindo a realidade onde o direito material ganhará vida. Com essa afirmação, somos impulsionado a concluir que esse olhar para a realidade não se limita às relações materiais pertinentes aos sujeitos do processo, mas inclui a realidade social como um todo, o que direciona a atividade cognitiva do juiz à obtenção dos fins da Jurisdição.

3.2 A Relação entre Efetividade e Instrumentalidade do Processo.

Apresentadas a celeridade e a adequação como atributos ou subprincípios da efetividade, resta, para a correta compreensão do tema, analisar outro princípio: a instrumentalidade do processo⁸⁷.

Conhecer o que é essa qualidade instrumental do processo exige do jurista a indispensável análise das chamadas fases metodológicas do Direito Processual⁸⁸.

De acordo com a primeira fase, denominada de sincretismo, o processo não era visto como algo independente, distinto da relação de direito material. Dito de outra forma, não se pensava o processo como estrutura própria, mas tão somente se relacionado à existência do direito substantivo.

⁸⁷ Registre-se o posicionamento de José Joaquim Calmon de Passos, contrário à existência do princípio da instrumentalidade do processo, sob o argumento de que “separar o direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato decisório, será dissociar-se o que é indissociável. Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um. Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves conseqüências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o *ser* do direito do *dizer* sobre o direito, o *ser* do direito do *processo* de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um”. (Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, n.102, p. 64).

⁸⁸ Para melhor compreensão acerca do princípio da instrumentalidade e das fases metodológicas do processo: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14ed. São Paulo: Malheiros, 2009; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2005; BOTELHO, Guilherme. **Direito ao Processo Qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; MADUREIRA, Claudio Penedo. **Direito, Processo e Justiça – O Processo como Mediador Adequado entre o Direito e a Justiça**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual. Vitória, 2009.

Na primeira fase, a ação era apenas um dos aspectos do direito subjetivo violado, o que deixava evidente a condição de direito adjetivo do processo, simples forma para o exercício de outros direitos.

Após, com a fase autonomista, ergueu-se, como a própria denominação do período está a indicar, a bandeira da autonomia científica do processo, que culminou em momento cultural fértil, mediante o qual emergiram diversos tratados acerca dos institutos de Direito Processual, a exemplo daqueles voltados à jurisdição, natureza jurídica da ação e pressupostos processuais.

Com isso, surgiu a necessidade de posicionar a Ciência Processual em ramo próprio do Direito. O estudo do funcionamento do processo, agora dotado de elementos estritamente racionais e técnicos, demandava análise particular, sendo que, para a compreensão desses elementos, não se faziam necessárias divagações relacionadas às peculiaridades do direito material.

Possivelmente, a grande marca da passagem do sincretismo à autonomia científica do processo foi o nascimento do conceito moderno de ação, fruto da célebre discussão acadêmica travada em meados do século XIX entre os juristas alemães Bernardo Windscheid e Teodoro Muther, sobre a *actio romana*⁸⁹.

Foi preciso que Muther, discordando da noção de Windscheid acerca da dependência entre ação e direito violado, distinguisse o que seriam direito lesado e ação. Ao fazer essa diferença, Muther declarou que da ação decorrem dois direitos subjetivos: um direcionado contra o Estado, correspondendo ao direito do ofendido à tutela jurisdicional; o outro orientado contra quem praticou a violação, como direito do Estado a eliminar o conflito. Enfim, do desapego da ação ao direito violado

⁸⁹ A respeito dessa discussão histórica, José Roberto dos Santos Bedaque expõe que: “Para Windscheid, ação significava direito à tutela jurisdicional, decorrente da violação de outro direito. Não era essa, todavia, a noção do direito romano, pois o *Corpus Iuris* previa inúmeras *actiones*, que não pressupunham a violação de um direito: embora a todo direito corresponda uma ação, a recíproca não é verdadeira. Os romanos viviam sob um sistema de ações, não de direitos. E a razão principal era, além de seu senso prático, o grande poder conferido ao magistrado de decidir até mesmo contra a lei. Importava o que ele dizia, não o que constava do direito objetivo; a pretensão precisava estar amparada por uma *actio* dada pelo magistrado que exercia jurisdição. Segundo Muther, o conceito de ação romana formulado por Windscheid é inexato. Para ele o direito subjetivo é pressuposto da *actio*. Quando o pretor formulava um edito, estava criando norma geral e abstrata para amparar pretensões. Tal norma, embora não pertencente ao *ius civile*, lhe era equivalente. Conclui haver coincidência entre a *actio romana* e a ação moderna”. (**Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 28-29).

brotaram as teorias da ação como direito independente⁹⁰.

Finalmente, a ação passou a ser identificada como direito autônomo. Estava superado o antigo conceito que a reduzia a simples faceta do direito material, ou melhor, a uma espécie de mecanismo destinado a externar o conteúdo do direito subjetivo.

Embora seja indiscutível a contribuição oferecida pela fase autonomista, em especial a descoberta de conceitos e os detalhamentos de institutos, legado científico que repercute, até hoje, em matéria de doutrina processual, não se pode negar que os juristas que a defenderam criaram um abismo entre o processo e o direito substantivo, até como reação natural ao sincretismo.

Ocorre que as normas processuais eram interpretadas sem qualquer preocupação com valores⁹¹ insculpidos nas relações de direito material ou mesmo com os resultados práticos que pudessem advir do processo.

A preocupação demasiada em pensar o processo como fim em si mesmo, com base em estruturas puramente objetivas de resolução de conflitos, levou a doutrina a repensar esse extremismo.

Surgia, então, a teoria instrumentalista como a terceira fase metodológica. Essa teoria encontrou em Cândido Rangel Dinamarco seu maior expoente no Brasil, sendo “hoje a concepção dominante sobre o processo civil nos meios acadêmicos brasileiros”⁹².

A terceira fase defende o argumento de que o processo não deve se enclausurar, apurando, obsessiva e unicamente, a técnica dos procedimentos e

⁹⁰ Sobre o resultado desse embate histórico: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 257-264.

⁹¹ Na esteira da clássica lição de Miguel Reale, sabe-se que, “desde a sua origem, isto é, desde o aparecimento da norma jurídica, - que é síntese integrante de fatos ordenados segundo distintos valores, - até ao momento final de sua aplicação, o Direito se caracteriza por sua estrutura tridimensional, na qual fatos e valores se dialetizam, isto é, obedecem a um processo dinâmico que aos poucos iremos desvendando” (**Lições Preliminares de Direito**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 67).

⁹² COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Instrumentalismo X Neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 127-141, out./dez. 2010, p. 127.

desenvolvendo os estudos teóricos das normas e princípios que o orientam, mas também há que dirigir sua atenção para o mundo extraprocessual.

Com essa visão, Cândido Rangel Dinamarco propõe que a referida instrumentalidade deve ser compreendida em suas duas faces, quais sejam: positiva e negativa⁹³.

Sob a feição negativa, a teoria instrumentalista aproxima-se da tradicional noção de instrumentalidade das formas. Alerta-se para o fato de que o processo não é autosuficiente, por isso o emprego cego das regras processuais não pode se agigantar sobre as normas substantivas e os anseios da coletividade, sufocando-os, ou pior, sendo-lhes indiferente. O formalismo exacerbado das técnicas processuais pode gerar no sujeito a vã ilusão de que esse método é o caminho para o êxito processual, quando, então, se imaginará erroneamente que o processo criará os “direitos para as partes, de modo que as atenções então se desviam da real situação de direito material existente entre elas, para o modo como se comportam processualmente e o destino que em virtude disso lhes é reservado”⁹⁴.

Essa perspectiva negativa tem olhar endossistêmico. Diferentemente, a instrumentalidade observada em seu aspecto positivo induz o magistrado a atentar para fora do sistema processual, colhendo do mundo político e social os valores necessários para compreender a problemática posta em juízo e interpretar as normas processuais, sempre buscando a melhor prestação possível da tutela jurisdicional. Essa vertente positiva “conduz à idéia de efetividade do processo, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político”⁹⁵.

Não se pode mais conceber o processo apartado das relações subjetivas, preocupado somente com a aplicação de formas procedimentais absolutas pensadas para solver os conflitos individuais e os próprios incidentes originados no transcorrer do próprio processo.

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 313-380.

⁹⁴ Ibidem, p. 313-319.

⁹⁵ Ibidem, p. 313-323.

Logo, o processo, guiado pela ideia de instrumentalidade, há de procurar não apenas o aperfeiçoamento teórico dos mecanismos que lhe dão operacionalidade, mas também deve almejar a realização de resultados práticos. O processo que nada altera a realidade só pode ser lembrado como processo que fracassou em obter a justiça do caso concreto.

Além das tradicionais três fases metodológicas há pouco descritas, parte da doutrina defende a existência da quarta fase, denominada de formalismo-valorativo⁹⁶.

A despeito de reconhecer certa importância ao instrumentalismo, exaltando-se o fato de que este teria incutido no processo a busca de resultados práticos, os adeptos do formalismo-valorativo alegam que a terceira fase metodológica, ainda que tenha proposto uma abertura teleológica do processo, preocupou-se excessivamente com a concretização taxativa do direito material preexistente, tal como anteriormente formatado pelo legislador.

Dessa feita, a concepção instrumental do processo teria retirado do julgador a possibilidade real de valorar esse direito, de acordo com a realidade social do instante da aplicação da norma.

⁹⁶ De acordo com Claudio Penedo Madureira, “‘forma’ e ‘valor’ constituem a gênese da justa aplicação do Direito. Isso porque, se o Direito, quando realizado à desconsideração dos valores subjacentes ao ordenamento jurídico - positivo (que, na casuística, sobressaem da experiência dos intérpretes, assim como de sua formação cultural), torna-se vazio, por distanciar-se da realidade social; uma interpretação pautada em critérios axiológicos, sobretudo quando se distancia do comando normativo abstrato aplicado, exige, na fase oposta, a observância de ‘formalidades’ que assegurem a consideração das razões externadas por todos aqueles envolvidos na formação do juízo, sem a qual essa transposição das prescrições normativas ao mundo fenomênico, ainda que se preordene à realização do ideal de justiça, poderá, ao revés, a ocasionar injustiças. Essa é a proposta do formalismo-valorativo, construção teórica singular concebida muito recentemente no seio da escola processual gaúcha, e que ainda se encontra em franco desenvolvimento, cujo objetivo, no fraseado preciso do professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, é *‘analisar a antinomia existente entre formalismo e justiça, buscando dar solução a esse aflitivo problema que assola o direito processual’*. O formalismo-valorativo distingue-se substancialmente do instrumentalismo justamente por se designar como *‘formalismo’*, colocando o processo, e não a jurisdição, ao centro da Teoria; e por pretender ser *‘valorativo’*, isto é, por defender que a atividade cognitiva desenvolvida no ambiente processual destina-se à reconstrução do direito positivo a partir das especificidades fáticas da contenda e de critérios axiológicos, o que pressupõe a identificação do processo como direito fundamental do cidadão e como ambiente de criação do Direito”. (**Direito, Processo e Justiça – O Processo como Mediador Adequado entre o Direito e a Justiça**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual. Vitória, 2009, p. 54-55).

Alega-se que o instrumentalismo se apegou ao cumprimento exato do que fora estabelecido na regra de direito substantivo, adotando rigorosamente o sistema normativo material como modelo para entender os comportamentos sociais.

Ao mesmo passo em que o instrumentalismo inovou com vistas a direcionar o processo rumo a resultados reais, o formalismo-valorativo aduz que, na prática, o objetivo do magistrado em lograr a obtenção desses resultados seria alcançado pela observância estrita do conteúdo da norma substantiva.

É a divulgação da ideia de que a terceira fase metodológica endossou o pensamento de que a norma seria justa desde que válida, e que o cumprimento dessa norma seria a garantia de concretização da suposta justiça ditada pelo legislador. Pelo teor dessa crítica, assinalamos que o formalismo-valorativo considera o instrumentalismo uma “versão extremista da ideologia juspositivista”⁹⁷.

Com esse pensamento, o formalismo-valorativo informa que o magistrado, orientado pelas ideias do instrumentalismo, somente declara um direito material, cuja lei, anterior ao processo, já havia enunciado uma noção positiva de justiça, com base em valores que podem não mais corresponder à perspectiva de justiça do caso concreto.

A bem da verdade, os críticos até compreendem que as bases do instrumentalismo propunham, em tese, uma abertura interdisciplinar do processo, de maneira que este pudesse, além de viabilizar a aplicação do conteúdo da norma substantiva ao caso concreto, criar uma arena discursiva dos valores sociais e políticos da coletividade. Esse ideal do instrumentalismo, contudo, não teria sido observado na prática, seja pela resistência dos apegados à concepção de segurança jurídica, refratários às posições inovadoras, seja pelo fato de a própria doutrina do instrumentalismo ter fracassado na elaboração sedimentada da crítica às categorias da ação e da jurisdição. Assim, o instrumentalismo não teria se desincumbido de apontar, em termos claros e objetivos, os mecanismos pelos quais o processo conseguiria lograr a mencionada abertura para absorver os influxos da

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 223-232.

coletividade⁹⁸.

Com isso, a teoria que sustenta a suposta quarta fase metodológica defende a ideia de que, tendo como mira a busca de resultados práticos, o processo não pode simplesmente satisfazer-se com a aplicação do direito material, porém deve dispor de elementos pragmáticos que aproximem o máximo possível essa aplicação aos valores que permeiam o ordenamento jurídico.

O magistrado, antes de aplicar puramente o conteúdo da norma substantiva, deve atualizar seu sentido com suporte em critérios axiológicos, criando um direito. Caso esse direito novo venha a ser consideravelmente distinto daquele formalmente encartado na lei, então deverá o juiz justificar seu viés interpretativo valendo-se de formalismos, ou seja, deverá expor, ao longo das razões de decidir, os argumentos que o conduziram a tal interpretação, garantindo, assim, a verdadeira justiça do caso concreto. São essas as acepções de forma e valor que estruturam o chamado formalismo-valorativo⁹⁹.

Pensamos que não subsistem motivos para justificar o surgimento da quarta fase metodológica do Direito Processual, pelo menos com base nas idéias professadas pelo formalismo-valorativo.

Registre-se o fato de que não se trata de reduzir a importância das teorias sustentadas pelos defensores da pretensa quarta fase metodológica, principalmente a tese que exalta o papel da atividade do magistrado na formulação valorativa de direitos, adotando-se critérios axiológicos para atualizar o conteúdo da norma de direito material e do próprio sistema processual. Muito pelo contrário.

Acreditamos é que essas teorias do formalismo-valorativo decorrem da noção de instrumentalidade do processo. Vale anotar a noção de que a ideia

⁹⁸ COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Instrumentalismo X Neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 127-141, out./dez. 2010, p. 130-131.

⁹⁹ Neste sentido: MADUREIRA, Claudio Penedo. **Direito, Processo e Justiça – O Processo como Mediador Adequado entre o Direito e a Justiça**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual. Vitória, 2009, p. 54-55.

instrumental do processo, a qual adotamos, não quer significar que o magistrado, na busca pela prestação jurisdicional efetiva, deva interpretar de modo estrito os termos da norma substantiva, como se a referida norma pudesse existir à margem dos valores e anseios da sociedade.

A instrumentalidade, verdadeiro caminho a orientar o juiz na obtenção da tutela efetiva, impõe que o processo deva satisfazer os fins da Jurisdição, que, como manifestação do poder do Estado, não se limitam a determinar a aplicação pura do conteúdo das normas materiais, nem mesmo a solucionar a problemática particular das partes, apenas.

Assentamos a noção de que, apesar de imprescindível, não é simples a realização prática do direito sob o manto do princípio da efetividade, como parecem fazer crer os críticos do instrumentalismo. Aliás, grande problema do Direito Constitucional é justamente a concretização dos princípios fundamentais, razão pela qual ora discutimos o regime das tutelas de urgência sob o manto do princípio da efetividade.

De fato, não existe fórmula objetiva que determine como se dará a abertura do processo aos influxos sociais, algo que dependerá muito da condução do feito pelo juiz, sendo a motivação de suas decisões o rastro para se avaliar em que medida essa abertura ocorreu de forma legítima.

Dessa feita, as proposições da pretensa quarta fase nada mais são do que reinterpretações do instrumentalismo.

3.3 Os Escopos do Processo como Guias para Obtenção da Tutela Efetiva.

Percebe-se que a instrumentalidade traz consigo a noção de finalidade, pois não se pode supor a existência de um instrumento, de um meio, sem que se anteveja uma meta a ser alcançada.

Assim, a instrumentalidade nos remete aos fins da Jurisdição, sendo estes escopos¹⁰⁰ verdadeiros guias para que o processo observe a realidade existente

¹⁰⁰ Sobre os escopos do processo: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 66-68.

além dos fólhos dos autos e se torne efetivo.

O mais perceptível escopo do processo, o que poderíamos denominar de escopo imediato, é o jurídico, segundo o qual o processo é mecanismo voltado para garantir a eficácia de outro direito, no caso, o direito substantivo, concretizando o conteúdo da norma de direito material violada.

Observa-se que o escopo jurídico é imediato por estar vinculado diretamente aos interesses das partes litigantes, que anseiam por uma manifestação do magistrado acerca da existência ou não de violação da norma material, ou, mesmo, da titularidade ou não do autor em pleitear esse direito¹⁰¹.

Os outros escopos são o social e o político.

De acordo com o primeiro, o processo tem por objetivo promover o bem comum, a pacificação social, eliminando os conflitos que, constantemente, brotam na sociedade.

Não se olvide, ainda, a noção de que a divulgação de um processo justo, efetivo, cria, junto aos administrados, o senso para a defesa de direitos próprios e o respeito aos alheios. Nas palavras de Juvêncio Vasconcelos Viana, “aponta-se a *educação* para o exercício dos próprios direitos como algo integrante desse escopo social do processo, uma consequência do advento do denominado Estado Social e da busca do bem-comum”¹⁰².

Quanto ao escopo político, trata-se da ideia de afirmação do poder estatal, no sentido de que caberá ao Estado a tutela dos direitos fundamentais, e dos direitos em geral, postos em situação de vulnerabilidade nas relações sociais. Ademais, esse escopo incentiva a participação democrática, sendo a ação popular e as ações coletivas exemplos dessa participação.

É interessante notar que os escopos perseguidos pelo processo, como verdadeiros faróis a iluminar o caminho para concretização do princípio da

¹⁰¹ Ao discorrer sobre o direito material e o direito de ação, Luiz Guilherme Marinoni aduz que “todos têm direito à tutela do direito, sejam ou não titulares do direito material postulado”. (**Antecipação da Tutela**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27).

¹⁰² **Efetividade do Processo em Face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 18.

efetividade, devem alinhar-se aos objetivos fundamentais da República, expressamente indicados no art. 3º da Constituição Federal.

Não se concebe, até por questão de lógica jurídica, que os fins da Jurisdição, como expressão do poder do Estado, não se conformem aos objetivos traçados pelo próprio Estado e encartados na Lei Maior.

Sob a luz do art. 3º da Constituição Federal, o processo há de contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto, o processo, além de cumprir sua função de solucionar os conflitos individuais, aplicando a norma substantiva ao caso concreto, deve abrir-se à comunidade, visando ao consenso racional das aspirações sociais.

O magistrado não pode ter a presunção de achar que o processo é um mundo apartado da sociedade, pois se é certo que a prestação jurisdicional provém das salas dos fóruns e tribunais, será a comunidade o local onde essa prestação se fará cumprir.

Definitivamente, não poderá ser efetiva a tutela de urgência se o conteúdo da decisão judicial destoar dos anseios sociais ou ignorar a capacidade de as instituições fazerem valer o comando determinado na decisão.

Essa proximidade entre os escopos do processo e os objetivos traçados no art. 3º da Constituição Federal reforça a conclusão de que o termo efetividade não se traduz em aplicação puramente técnica e formal de normas procedimentais, tendentes a concretizar o conteúdo das normas materiais. Efetividade vai além, carreando consigo uma perspectiva sociológica¹⁰³.

¹⁰³ Essa noção de efetividade do processo, sob uma perspectiva sociológica, já havia sido apontada por Arruda Alvim, segundo o qual “a grande meta contemporânea é a de que as regras de índole processual, mesmo que encartadas em Constituições, ainda que lógica e sistematicamente completas, e, bem assim as que dessas decorrem, hajam de ser – por outro lado – *efetiva* e realmente utilizadas pelos jurisdicionados. A palavra *efetividade*, neste passo, não tem uma conotação jurídica formal, senão que predominantemente sociológica. Vale dizer, o que conta, em última análise, não é tanto a existência de uma normatividade completa e lógica, em que todos os

Em linhas gerais, há quem sustente que se o processo atendeu a sua finalidade jurídica, a conseqüência é que os demais escopos, social e político, também restaram observados. Apoia-se tal conclusão no fato de “as decisões proferidas em conformidade com as regras de direito material serem aptas a pacificar e afirmar a autoridade do Estado, salvo nos casos excepcionais em que o próprio ordenamento substancial não corresponda à realidade social de seu tempo”¹⁰⁴.

Defendemos o argumento de que os citados escopos do processo são independentes, ou, pelo menos, que o escopo jurídico não necessariamente absorve o social e o político, impondo-se ao magistrado, antes de proferir qualquer decisão, verificar o atendimento de cada uma das metas a que se propõe atingir o processo¹⁰⁵.

Ainda que, na maioria das vezes, a prestação jurisdicional que determine o efetivo cumprimento da norma substantiva acarrete os desejados efeitos sociais e políticos do processo, o fato é que o juiz deve, mesmo concretizando o conteúdo da norma de direito material, observar qual o impacto de sua decisão perante a sociedade.

Antes de tudo, o magistrado deve atestar se sua decisão, embora procure respeitar o comando da norma substantiva, terá condições de ser cumprida, solucionando, de fato, o conflito entre as partes litigantes.

Paralelamente, é importante que o magistrado anteveja se essa mesma decisão, ainda que possa ser cumprida pelo perdedor da demanda, terá o efeito de encorajar outras pessoas a ajuizar demandas semelhantes, e se as futuras decisões

direitos são protegidos pela letra da lei e pelo sistema, mas, tão somente aparentemente funcional, pois na verdade, normatividade jurídica, ainda que exaustiva, não é suficiente para satisfazer às aspirações sociais dos segmentos predominantes e desprotegidos da sociedade. É relevante e ‘crucial’ que essa normatividade plena, exaustiva e ‘pretensamente’ funcional, exista na ordem prática e seja realizável como realidade concreta”. (**Tratado de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 33).

¹⁰⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 68.

¹⁰⁵ O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que “ao Judiciário cumpre suprir a omissão legal, observados os primados jurídicos aplicáveis e tendo sempre em mira o viés social e político da Tutela Jurisdicional, consubstanciados na realização da justiça e na pacificação social”. (REsp 427223/DF, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Dj 20/10/2003, p. 252).

continuarão a ser cumpridas. Do contrário, deixará, às escâncaras, a vulnerabilidade do Estado em fazer valer suas decisões (escopo político).

Mais do que expor a falta de autoridade do Estado, evidenciará a fragilidade deste em promover a pacificação social, subsistindo os conflitos no interior das comunidades.

Some-se a isso a frustração dos administrados que, impulsionados pelo efeito educacional das primeiras decisões, em casos análogos, confiaram, em vão, no Poder Judiciário para solver seus problemas (escopo social)¹⁰⁶.

Toda essa análise acerca dos escopos do processo comprova que este, guiado pelo princípio da efetividade, considera não somente as relações materiais postas sob apreciação jurisdicional, o que aproxima processo e direito substantivo, mas também os efeitos que as decisões judiciais causam na sociedade como um todo.

Com essa visão, o magistrado sai do casulo formal dos procedimentos, dos ritos, para compreender a sociedade civil e responder, a contento, suas demandas¹⁰⁷. É enaltecido o fato de que o processo não é das partes litigantes, apenas, porém da sociedade.

¹⁰⁶ Calha destacar o pensamento de Germana de Oliveira Moraes acerca dos princípios da boa-fé e da confiança. Apesar de a citada doutrinadora referir-se à Administração Pública, somos da opinião que seus comentários conformam-se perfeitamente ao comportamento do Judiciário que, ao prolatar decisão socialmente inexecutável, produz nos administrados a falsa expectativa de que seus direitos serão tutelados, na exata medida dessa decisão. Assim, a Professora da Universidade Federal do Ceará informa que “poder confiar, afirma Karl Larenz, é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens, é condição da paz jurídica, por isso o Direito protege a confiança suscitada pelo comportamento de outrem. [...]. Com fundamento na boa-fé exsurge para o agente público o dever de prestar informações confiáveis aos administrados. E não é só: o dever de manter e cumprir a palavra dada, em outros termos, de não modificar, injustificadamente, as informações ou orientações antes fornecidas que já surtiram efeitos, ainda que inexatas”. (**Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 126).

¹⁰⁷ De acordo com as “mais modernas teorias sistêmicas da sociedade global, a sociedade civil ocupa o espaço reservado à formação das demandas (*input*) que se dirigem ao sistema político e às quais o sistema político tem o dever de responder (*output*): o contraste entre sociedade civil e Estado põe-se então como contraste entre quantidade e qualidade das demandas e capacidade das instituições de dar respostas adequadas e tempestivas”. (BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**: Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 36).

3.4 A Relação entre os Elementos Conceituais do Princípio da Efetividade e as Tutelas De Urgência.

Uma vez compreendido em que consiste o princípio da efetividade, com sua particular relação com o princípio da instrumentalidade, resta saber qual a importância das tutelas de urgência neste quadro da busca do processo efetivo.

Optamos por analisar cada um dos elementos que integram o conceito de efetividade, com base na clássica definição de Barbosa Moreira¹⁰⁸, anteriormente citada nesta dissertação, a fim de atestar em que medida as tutelas de urgência se conformam aos elementos referidos.

No que diz respeito à celeridade processual, sabe-se que a relação tempo-processo é algo que está imanente à razão de ser das medidas cautelares e antecipatórias. As tutelas de urgência foram concebidas com o intuito de combater os efeitos danosos advindos da lenta prestação jurisdicional.

Enquanto o autor espera o trânsito em julgado da decisão que lhe fora favorável, ou, antes, aguarda a prolação da sentença, para ter a possibilidade de começar a fruir um direito que demonstrou ser verossímil, o bem da vida discutido em juízo pode estar em vias de perecimento.

Igualmente, o fator tempo poderá, a despeito do perecimento ou não do direito substantivo, inviabilizar o potencial do processo de produzir resultados práticos e eficazes.

Inevitavelmente, o processo demanda certo período para solucionar definitivamente a querela entre as partes. É uma verdadeira arena formal, onde se confrontam pessoas com interesses distintos, inclusive com pontos de vista diferentes em relação ao decurso do tempo.

De um lado, o sujeito que roga ao juiz que altere a realidade dos fatos e lhe conceda rapidamente o bem da vida que pleiteia. Do outro lado da trincheira, desponta o sujeito contra quem recairá, caso perca a demanda, o dever de pagar,

¹⁰⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o Problema da Efetividade do Processo. **Temas de Direito Processual Civil**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.27-28.

restituir, prestar alguma tutela específica de fazer ou não fazer, que não tem qualquer interesse na ágil prestação jurisdicional.

Parece-nos, então, que a vagarosidade não provém apenas do transcurso natural das fases procedimentais, ou seja, do modelo pensado pelo Estado em prestar a resposta jurisdicional.

Já dizia Francesco Carnelutti que a lentidão dos processos não pode ser atribuída somente ao Estado-Juiz, mas também decorre dos próprios litigantes, que “difícilmente podem encontrar um limite na proposição de suas demandas, na exposição de suas razões, na exibição de suas provas e na apresentação de suas razões”¹⁰⁹.

Não à toa, costuma-se afirmar que “o processo se arrasta no meio de um emaranhado de dificuldades que retardam sua marcha, agravam o custo e, muitas vezes, comprometem seu resultado”¹¹⁰.

A margem dessa discussão sobre quem retarda o andamento do processo, se o próprio Estado ou as partes, não se pode questionar que “a dimensão temporal é inseparável do processo e significa que se desenvolve, necessariamente, no tempo”¹¹¹.

Enfim, o processo é uma sequência ordenada de atos, cujas etapas exigem tempo até que se atinja um nível de amadurecimento cognitivo capaz de propiciar ao magistrado o conhecimento necessário dos fatos, tendo em conta o objetivo de bem prestar a resposta jurisdicional.

Para se chegar a esse amadurecimento, o processo há de respeitar uma série de princípios, muitos dos quais previstos na Constituição Federal como direitos e garantias fundamentais, corolários do devido processo legal¹¹².

¹⁰⁹ **Como se faz um Processo**. Tradução de Hebe Caletti Marengo. Campinas: Minelli, 2002, p. 39.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 40.

¹¹¹ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 198.

¹¹² Há quem sustente que o tempo não pode ser visto como inimigo ou fator de corrosão de direitos, em contraposição aos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco e Luiz Guilherme Marinoni. Assim, “o tempo é fator relevante porque envolve a viabilidade do exercício do Direito de Defesa, bem ainda dos demais princípios regentes do Processo, até mesmo regulando a produção de atos procedimentais, relembrando-se aqui a lição de Fazzalari (1996, p. 77-81) de que o procedimento é uma estrutura espaço-temporal, com espaço e tempo juntos em relação dinâmica de estruturação

Por exemplo, há que enaltecer os princípios da ampla defesa e do contraditório, ofertando-se às partes todas as oportunidades para exporem seus argumentos, bem como todas as possibilidades para comprovarem ou infirmarem as alegações por intermédio dos procedimentos de instrução probatória.

Na qualidade de administrador do processo, todavia, o juiz deve estar constantemente atento a essa relação tempo-processo, preservando a coexistência harmônica entre os fatores do binômio.

Se é verdade que o processo encerra um rito de passagem, esse transcurso não pode pôr em risco o próprio direito discutido pelas partes, nem ceifar o processo dos meios para a adequada prestação jurisdicional.

Com efeito, as tutelas de urgência apresentam-se como importantes mecanismos para combater “o tempo como fator de corrosão dos direitos, à qual se associa o empenho em oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo”¹¹³.

De fato, essas medidas possuem “um liame relacional comum – a preocupação com o risco de demora, a recomendar providências que façam redistribuir, entre os litigantes, os ônus decorrentes do tempo demandado pelo processo”¹¹⁴.

Observamos que essa vertente isonômica das tutelas antecipatória e cautelar, tendente a equilibrar, entre os litigantes, o sacrifício exigido pelo decurso do tempo, faz com que o processo passe a observar também a situação do autor, que transmite uma aparência do bom direito¹¹⁵.

(Vieira, 1998, p. 94). Logo, se a garantia do devido processo legal envolve um tempo específico definido em Lei, em bases constitucionais, este não é um inimigo, mas um fator relevante para a própria estruturação do Processo (instituição constitucionalizada, cf. Rosemiro Leal, 2005b, p. 99-104)”. (TAVARES, Fernando Horta; DE MATTOS, Bruno Ferreira Bini; CASAGRANDE, Érico Vinicius Prado; DE ASSIS, Zamira. **Urgência de Tutelas**: Por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado Democrático de Direito. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI, Belo Horizonte, p. 5603-5623, 2007, p. 5607).

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 64.

¹¹⁴ VIANA, Emilio de Medeiros. **A efetividade do processo e o futuro regime das medidas de urgência. Haverá necessidade?** Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília/DF, p. 4378-4394, 2008, p. 4383.

¹¹⁵ Tratando especificamente da tutela antecipada, Luiz Guilherme Marinoni assinala que “a demora

A isonomia substancial advinda das tutelas de urgência reflete o espírito do Estado Social Democrático, preocupado em assegurar direitos, além de uma postura meramente negativa, de não intervenção típica do Estado Liberal.

Ao propiciar, muitas vezes antes do aperfeiçoamento da relação processual, que o autor usufrua, total ou parcialmente, as utilidades que o direito material pode lhe ofertar, ou garanta a preservação do bem litigioso, que será objeto de futura execução, o Estado-Juiz toma posição ativa na concretização de direitos.

Dessa forma, celeridade por meio das tutelas de urgência significa redistribuição ponderada de riscos.

Uma vez comprovados os requisitos das tutelas antecipatória e cautelar, a concessão destas traduz o raciocínio do magistrado de estimar o valor efetividade. Revela-se, ainda, a confiança e a necessidade de o juiz assumir riscos, ainda que futuramente se venha atestar a improcedência do pedido do autor.

É dizer: é enaltecida a efetividade no lugar do valor segurança jurídica, em que se ancora o réu sob o argumento de que não pode ser privado de seus bens ou de sua liberdade antes do trânsito em julgado da decisão que lhe fora desfavorável.

Enquanto o processo segue o curso normal de suas fases, a antecipação de tutela franqueia ao autor que detém um direito verossímil a fruição imediata do bem da vida posto em juízo. Da mesma forma, as medidas cautelares garantem a credibilidade e utilidade dos procedimentos de cognição e execução. Enfim, essas medidas provisórias previnem ou amenizam os danos do tempo.

Dentre essas hipóteses de dano, pode-se perfeitamente imaginar a situação em que o processo chega ao fim, com provimento de mérito, mas o mal já se consumou, nada mais havendo a fazer.

Em termos mais concretos, pode-se destacar o caso da concessão tardia de liminar para candidato participar de certa fase de concurso público, quando o

do processo não pode prejudicar o autor que tem razão e, mais do que isso, restaura-se a idéia – que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material – de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor”. (**Antecipação da Tutela**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29).

certame já fora homologado e a Administração já nomeara todos os candidatos aprovados para as vagas disponíveis.

Cita-se também o exemplo do autor que movimenta o Judiciário a fim de obter tutela específica para que o réu lhe entregue coisa certa. Durante o andamento processual, constou nos autos a probabilidade de o demandado danificar intencionalmente esse bem, todavia o magistrado nada fez para proteger a coisa sob disputa. Assim, a ulterior sentença que reconhece a procedência do pedido não pode mais conferir ao seu autor o exato bem da vida que este pretendia, restando-lhe tão somente indenização por perdas e danos, pois o risco à integridade física do bem se concretizara.

A segunda hipótese desvenda a noção de que o prejuízo derivado da demora judicial em oferecer resposta efetiva ao pleito do jurisdicionado pode não ter sido completo, integral. A demora na concessão da tutela, todavia, impingiu muito sofrimento ao jurisdicionado, detentor de um direito provável.

Assim é o caso do legítimo titular de alimentos, que permanece anos aguardando a fruição destes, recebendo-os após injustas privações.

Também é o caso do aluno que ingressa em juízo antes do início do ano letivo, alegando o direito de se matricular em uma das escolas públicas do ensino fundamental. Muito tempo depois, sobrevém ordem judicial impondo ao Poder Público o dever de realizar referida matrícula, quando o jurisdicionado perdera grande parte do conteúdo ministrado nas aulas, além de não ter sido submetido aos primeiros exames escolares.

Na terceira hipótese, pode-se cogitar o fato de que o processo chega ao instante da prolação da sentença, mas o magistrado vê-se na difícil e incômoda situação de proferir decisão sem que esteja convencido da procedência ou não do pedido do autor. Essa angústia do juiz explica-se pela circunstância de o próprio julgador não ter viabilizado, ao longo do processo, os meios externos indispensáveis ao exercício da jurisdição.

É o caso de testemunha essencial para esclarecer o deslinde da causa, que não foi ouvida antecipadamente, de modo que, no momento da instrução probatória,

essa testemunha, que padecia de doença grave, já houvera falecido.

Além da íntima relação com o elemento da celeridade, sustentamos o argumento de que as tutelas de urgência se mostram adequadas, como técnicas processuais diferenciadas que permitem a preservação de direitos.

Por se tratarem de tutelas provisórias e de cognição sumária, tornam-se aptas a oferecer proteção aos direitos submetidos a situações emergenciais. Ademais, podem franquear, o mais breve possível, o gozo dos bens da vida com a demonstração da verossimilhança do direito substantivo posto sob apreciação jurisdicional, independentemente de se vislumbrar ou não a presença de risco¹¹⁶.

Ao convencer-se da verossimilhança das alegações do autor, com base em cognição sumária, o juiz tem condições de tutelar o direito material e de preservar a própria utilidade do processo, sem que tenha de passar por todas as delongas do procedimento ordinário, marcado por cognição exauriente.

E, caso o magistrado se convença do contrário, digamos, após a fase de instrução probatória, deverá tornar sem efeito a decisão concessiva da medida antecipatória ou cautelar, pois estas tutelas carregam a marca da precariedade¹¹⁷.

Quanto à busca dos resultados práticos, outra característica da efetividade processual, entendemos que as tutelas de urgência são mecanismos que conferem ao processo utilidade, preservando-lhe a capacidade de promover mudanças na realidade dos fatos.

Essas tutelas provisórias evitam que o credor saia vencedor no embate processual, todavia não tenha condições de exercitar seu direito, assemelhando-se a uma vitória que lhe acarreta mais sacrifícios do que benefícios, tal como os êxitos do Rei Pirro de Épiro sobre os romanos^{118 119}.

¹¹⁶ O Código de Processo Civil prevê o deferimento da tutela antecipada, independentemente do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, quando restar caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, §2º), bem como na hipótese de um ou mais dos pedidos cumulados mostrar-se incontroverso (art. 273, §6º).

¹¹⁷ No caso das tutelas antecipadas, a questão da provisoriedade pode ser relativizada por força do instituto da estabilização da tutela, conforme veremos adiante.

¹¹⁸ Apesar das vitórias sobre os romanos nas Batalhas de Heracléia, em 280 a.C., e de Ásculo, em 279 a.C., o Rei Pirro contabilizou inúmeras perdas humanas, vendo seu triunfo ser obscurecido pela ruína de seu exército. Com isso, Pirro viu-se na necessidade de recuar seus homens, ao mesmo

Basta imaginarmos o que seria do processo sem o emprego das clássicas medidas cautelares constritivas, como o arresto e o seqüestro. De nada serviria ao autor a condenação do réu a pagar-lhe determinada quantia, a título de danos morais, quando este, caindo em insolvência, resolvesse alienar todos os bens que possui, contraindo dívidas extraordinárias com a clara intenção de frustrar os procedimentos de execução e, assim, inviabilizar o viés prático do processo.

No mesmo sentido, restaria escancarada a inutilidade do processo, quando o autor alega que sofre de insuficiência renal e reclama, de forma urgente, o direito de ser internado em hospital público para tratamento de hemodiálise, mas o juiz deixa para examinar o mérito do pedido no instante da sentença, quando o requerente já falecera. Neste exemplo, ficou evidenciada a ligação entre celeridade e a busca de resultados práticos.

É inegável, portanto, que as medidas antecipatórias e cautelares conduzem o processo ao mundo prático, demonstrando que as técnicas processuais só podem ser concebidas ou devidamente utilizadas se tiverem o propósito de influenciar o ambiente extra-autos.

Caso essa meta não seja alcançada, teremos o caso de uma autofagia processual, em que as técnicas somente se ocuparam de resolver os incidentes formais, internos ao processo, qualificando-o como inefetivo.

Por fim, o quarto elemento do princípio da efetividade, diretamente influenciado pelos escopos social e político do processo, conforme tivemos a oportunidade de anotar, liga-se à ideia de que o processo não deve estar atento apenas à relação travada entre os litigantes, contudo há de ter sempre em consideração os valores que permeiam a sociedade.

Com esse pensamento, somos da opinião de que o correto emprego das

tempo em que o exército romano continuava a avançar, recompondo suas tropas.

¹¹⁹ Teori Albino Zavascki, ao discorrer sobre a antecipação de tutela, lembra que ao “indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática da sua vitória. O Estado – monopolizador do poder jurisdicional – deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir – tanto quanto seja possível – a ocorrência de vitórias de Pirro”. (**Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66).

tutelas de urgência passa invariavelmente pela análise dos anseios da sociedade civil.

Isto porque conceder ou não uma medida de urgência é também decisão política, ou seja, é manifestação do Estado por meio do processo. Impende compreender o Estado em todas as suas dimensões. Afinal de contas, seria contraditório concluirmos que o processo é expressão do poder estatal, mas deste somente recebe influência do elemento jurídico. Ao lado deste aspecto jurídico, o Estado e, bem assim, o processo, possuem outras facetas, como são os fatores sociais e políticos.

Por isso, entendemos que, na verificação do pleito de uma tutela de urgência, ou mesmo no deferimento de ofício pelo juiz, há de levar em conta a “função do Estado de coordenar os grupos e indivíduos em vista de fins a serem atingidos, impondo a escolha dos meios adequados”¹²⁰.

Em tal direção, Dalmo de Abreu Dallari registra, ao dedicar-se ao estudo do caráter político do Estado, que

Outro ponto importante a ser considerado, na tomada das decisões políticas, é a conciliação entre as necessidades dos indivíduos e as da coletividade. Reconhecendo o indivíduo como o valor mais alto, em função do qual existem a sociedade e o Estado, pode parecer natural dar-se preferência, invariavelmente, às necessidades individuais. É preciso ter em conta, no entanto, que o indivíduo não existe isolado e que a coletividade é a soma dos indivíduos. Assim, não se há de anular o indivíduo dando preferência sistemática à coletividade, mas também será inadequada a preponderância automática do individual, pois ela poderá levar à satisfação de um indivíduo ou de apenas alguns, em detrimento das necessidades de muitos ou de quase todos, externadas sob a forma de interesse coletivo¹²¹.

Obviamente, toda essa análise sociopolítica da concessão das medidas antecipatórias e cautelares, assim como a investigação de todos os outros elementos que compõem a noção de efetividade processual, podem conduzir o processo sob a regência do princípio da efetividade, porém outros princípios constitucionais devem ser considerados.

¹²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 110.

¹²¹ Ibidem, p. 110.

Aqui entra em cena o princípio da proporcionalidade que, apesar de não se apresentar como a razão de ser das tutelas de urgência, espécie de sua razão constitucional, será o mecanismo para atestar se o princípio da efetividade não está sacrificando de forma ilegítima determinado direito fundamental.

Dessa feita, conceder ou não quaisquer dessas espécies de tutela impõe ao magistrado a contraprova de sua decisão, por intermédio do emprego dos subprincípios da proporcionalidade, consubstanciados na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Além de examinar se a concessão da medida de urgência é realmente apta a tutelar naquele momento o direito material em juízo, não existindo outro meio igualmente eficaz para proteger esse direito, de forma menos lesiva ao interesse que se faz necessário restringir, como é o caso da segurança jurídica, o juiz há de colocar na balança os benefícios e prejuízos decorrentes do deferimento ou não da tutela, inclusive o impacto social que essa medida provocará junto à coletividade.

Esse raciocínio aplica-se principalmente à hipótese de concessão de tutela antecipatória, haja vista que esta espécie de medida de urgência antecipa os efeitos executivos do processo, sendo mais invasiva do que as medidas cautelares.

Imagine-se, por exemplo, a situação em que o magistrado, apreciando demanda coletiva trabalhista, está prestes a determinar a concessão de medida antecipatória, impondo à empresa aparentemente devedora o pagamento de vultosa quantia, a título de verbas alimentares, em favor dos ex-empregados.

Nessa situação, o juiz deve ter ciência de que estão sob sua análise questões que vão muito além da relação credor e devedor. No caso, em torno dessa empresa tida por inadimplente, surge uma série de outros fatores, tais como: trabalhadores que necessitam receber seus salários; pagamento de tributos, que, por sua vez, permitem ao Estado financiar políticas públicas; funcionamento do mercado, cujo equilíbrio muitas vezes depende da participação da ré; manutenção de eventuais projetos sociais custeados pela empresa¹²².

¹²² Acerca da execução contra empresas devedoras, Cândido Rangel Dinamarco ensina que se deve ter “empenho em não truncar a produção. ‘Nesses casos, há interesses não só do devedor e do

Por isso, a concessão da medida sob comento deve balancear os interesses dos ex-empregados, que certamente carecem dessas verbas, os interesses da empresa, cuja produção não pode parar, bem como os interesses de terceiros e do próprio Estado.

Possivelmente, uma decisão justa, que pretendesse realizar esse balanceamento, promoveria uma antecipação parcial e gradual do montante supostamente devido. Isso poderia ocorrer da seguinte forma: o magistrado formularia programa mensal de dedução percentual no rendimento da empresa.

Com isso, acreditamos que a decisão do magistrado conseguirá garantir as verbas alimentares dos ex-empregados, sem afetar consideravelmente o capital de giro da empresa, indispensável para sua sobrevivência. O capital de giro está para as pessoas jurídicas assim como os salários estão para as pessoas físicas. Preservam-se, ademais, os interesses de todos quantos pudessem ser afetados por essa decisão.

Sustentamos a opinião de que a concessão de tutela de urgência que garante o direito material do credor, mas leva o devedor à bancarrota e prejudica os interesses de outros agentes sociais envolvidos, quando o juiz poderia agir diferente, não pode ser considerada uma decisão guiada pela ideia da efetividade processual.

Entendemos que a solução ora apontada, que equaciona problema constante do exemplo, demonstra que o manejo das tutelas de urgência deve ser empreendido em atenção ao aspecto teleológico do processo.

Referida solução deriva do bom senso, sob a inspiração do princípio da efetividade do processo cuja compreensão passa pela ideia de instrumentalidade, tal como tivemos a oportunidade de ressaltar. Não se trata de garantir o resultado prático do processo a qualquer custo, pela pura realização do direito material, tal como compreendem os defensores do formalismo-valorativo na crítica ao

credor, como até de terceiros e do próprio Estado' em manter o funcionamento da empresa (Amílcar de Castro). Os dispositivos aqui referidos inserem-se em um contexto de limitações políticas à execução (políticas, em sentido amplo), relacionadas com o interesse público à higidez econômica nacional. O que não se pode é exagerar nesse zelo". (**Nova Era do Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 302).

instrumentalismo, a fim de justificar a quarta fase metodológica do processo civil.

Feita a correlação entre os elementos há pouco apontados e as tutelas de urgência, defendemos o argumento de que as medidas antecipatórias e cautelares são, de fato, instrumentos que concretizam o princípio da efetividade, tornando o processo apto a atingir os escopos a que se propõe.

A grande questão que exprimimos é avaliar se o Código de Processo Civil e a interpretação que se faz acerca dos dispositivos pertinentes às tutelas de urgência concretizam essa ideia de efetividade que, teoricamente, ilumina a compreensão e aplicação das medidas cautelares e antecipações de tutela.

4 AS TUTELAS DE URGÊNCIA EM DEBATE.

Diante das colocações até aqui delineadas, é chegado o momento de nos lançarmos à verificação das possíveis mudanças no regime das tutelas de urgência, discutindo questões como a da sistematização processual das tutelas, autonomia do processo cautelar, estabilização da tutela, tutela antecipatória antecedente, dentre outros. As sugestões de reformulação legislativa ou de simples interpretação do texto legal, notadamente do Código de Processo Civil, têm por finalidade assegurar o aperfeiçoamento do regime das medidas de urgência, a fim de atender os anseios por um modelo de processo que realmente possa viabilizar a concretização de direitos fundamentais.

4.1 Por Que Repensar as Tutelas de Urgência?

De acordo com os comentários expostos nos capítulos anteriores, acreditamos ter demonstrado a evidente relação entre as tutelas de urgência e as Teorias do Estado e dos Direitos Fundamentais.

Com base nessa correlação, entendemos que as tutelas de urgência não podem mais ser compreendidas desde a visão tradicional do processo civil, como ramo do Direito apartado do Direito Constitucional. Ao contrário, devem ser estudadas nos meios acadêmicos e postas em prática nos fóruns sob o manto dos novos paradigmas do processo civil constitucional.

Da mesma forma, declaramos que a marca do Estado Social como garantidor de direitos determinou posição mais ativa dos magistrados e a criação de mecanismos para efetivar os direitos de segunda e terceira geração, o que contribuiu para o florescimento das tutelas de urgência.

Essa perspectiva há de servir como farol a guiar os juristas e profissionais do Direito na difícil, porém necessária, missão de pensar as medidas antecipatórias e cautelares à luz dos princípios constitucionais, especialmente o princípio da efetividade do processo.

Por meio desse raciocínio, somos compelido a questionar o modelo brasileiro das tutelas de urgência. Em outros termos, vislumbramos a premente

necessidade de conformar o regime das medidas de urgência às expectativas do processo efetivo. Percebemos que legislador e o magistrado não trabalham as tutelas de urgência na perspectiva do Estado Social e dos direitos fundamentais.

Assim, consideramos que alguns aspectos das tutelas de urgência revelam que o legislador ordinário não se preocupou em conceber essas técnicas como mecanismos aptos a atender os elementos conceituais do princípio da efetividade.

É dizer: o regime das tutelas de urgência não constitui modelo plenamente propício a ofertar às partes resposta jurisdicional célere, adequada, preocupada com resultados práticos e aberta às influências sociais e políticas da coletividade. Aqui, refletimos sobre as tutelas de urgência como normas processuais, espécie de crítica às peculiaridades positivas dessas medidas.

Com outro enfoque, devemos abordar as medidas de urgência com amparo na exegese a ser empreendida em torno das normas que ancoram essas medidas. Aqui, há de se pesquisar a visão que o julgador lança sobre tais medidas.

Defendemos a existência de atividade criadora dos magistrados, que, ao interpretar os dispositivos processuais, sob a inspiração da textura aberta dos princípios constitucionais, concede àqueles determinados contornos que ultrapassam o sentido modular previsto pelo legislador. Apesar disso, constatamos que, especificamente em relação às tutelas de urgência, nem sempre a interpretação judicial contribui para uma prestação jurisdicional efetiva, capaz de fazer a distribuição, de forma equânime, entre os litigantes dos riscos processuais, ficando o magistrado aprisionado aos formalismos legais¹²³.

Os julgadores mantêm-se presos aos modelos tradicionais de interpretação, baseados na subsunção fato-norma, ou seja, limitam-se a analisar se o caso

¹²³ Avaliando a Justiça brasileira, notadamente em face da necessidade de garantir direitos sociais, José Eduardo Faria aponta “que, apesar do rigor lógico-formal imposto pelo normativismo positivista ao trabalho judicial, as técnicas interpretativas de caráter exegético jamais são suficientemente amplas para eximir os juízes de um poder criativo. Fixar o sentido e o alcance de uma determinada lei, na sua aplicação a um caso concreto, de algum modo sempre implica um poder normativo não muito distinto daquele existente no próprio ato de legislar. Essa insuficiência se torna particularmente visível numa sociedade tão desigual e conflitiva como a brasileira, cuja ordem jurídica é reconhecidamente ‘polissêmica’”. (O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 96).

concreto se compadece às condições formais das tutelas de urgência, desprestigiando a instrumentalidade do processo. Aliás, condições essas muitas vezes obscuras, como é o caso da confusão que se pode estabelecer mediante interpretação literal de termos do art. 273 do Código de Processo Civil. Pela simples leitura do dispositivo-matriz das tutelas antecipadas, depreende-se que ora o legislador menciona a expressão “verossimilhança da alegação”, dando a aparência de um juízo de probabilidade, ora impõe o ônus de “prova inequívoca”, retratando suposto juízo de certeza.

Transpondo essas condições tortuosas que o legislador pretende estabelecer para as tutelas de urgência, o juiz deve encontrar na Constituição o verdadeiro significado dessas tutelas, sob a perspectiva do princípio da efetividade. Como contraprova do bom uso dessas medidas, o julgador há de invocar o princípio da proporcionalidade.

Por isso, mostra-se imperioso que o juiz compreenda os elementos conceituais do princípio da efetividade, de sorte a entender o real sentido das tutelas de urgência como instrumentos de concretização do acesso à justiça.

No que diz respeito a essa questão da exegese, ganha notável destaque a chamada Nova Hermenêutica Constitucional:

Atualmente, no entanto, são inegáveis a importância e a especificidade da hermenêutica constitucional, até mesmo em função da atividade do órgão que, em última instância, determina o conteúdo e o sentido das normas constitucionais: o Judiciário. O desenvolvimento da jurisdição constitucional, a elaboração de uma teoria material da Constituição e dos direitos fundamentais e a consciência da democracia como princípio estruturador da ordem político-jurídica materializada na Constituição, acrescentaram um componente qualificado aos princípios e métodos concebidos pela hermenêutica clássica¹²⁴.

Não se trata apenas de invocar novos critérios hermenêuticos, mas também se evidencia a carência de os magistrados exporem racionalmente esses critérios ao longo de suas razões de decidir. Quanto a esse aspecto, há de se esclarecer aos jurisdicionados e à sociedade o itinerário percorrido pelo juiz para deferir ou indeferir certa medida de urgência, o que certamente contribuirá para legitimar a atuação do

¹²⁴ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 238.

Judiciário.

4.2 Sistematização das Tutelas De Urgência.

Ao longo deste trabalho evidenciamos o debate que envolve a diferença conceitual entre as medidas antecipatórias e cautelares.

De tal sorte, enunciamos que as antecipações de tutela possibilitam ao sujeito beneficiado por tal medida a fruição imediata do bem da vida discutido em juízo, enquanto o processo se arrasta com o fim de solucionar a querela entre as partes. Em outros termos, antecipam-se total ou parcialmente os efeitos executivos do processo.

No caso das medidas cautelares, declaramos que o objetivo da tutela assecuratória é dar suporte ao processo, garantindo que este tenha condições de produzir resultados justos e práticos. Apenas indiretamente se protegem as pessoas e os bens, pois o objetivo maior das medidas cautelares é resguardar a funcionalidade do processo.

Ocorre que, da mesma forma com que expomos os traços diferenciadores das técnicas antecipatórias e cautelares, tratamos de enaltecer suas semelhanças. Tão significativos os pontos de contato, que as situamos sob a regência do mesmo regime de tutelas diferenciadas, no caso, as medidas de urgência.

Com efeito, cognição sumária, provisoriedade e reversibilidade dos efeitos são apenas alguns dos elementos que aproximam as medidas sob destaque. Ao lado dessas características, não se pode olvidar a circunstância de as espécies de tutelas de urgência possuírem o mesmo fundamento constitucional: o princípio da efetividade do processo.

Ademais, destacamos que a noção de que o panorama em que se discute a necessidade da concessão de uma das medidas de urgência é precisamente o do conflito entre direitos fundamentais, cujo quadro pode propiciar, por exemplo, o embate entre liberdade de expressão e tutela da personalidade, propriedade e meio ambiente. De qualquer forma, sempre as tutelas de urgência estarão em meio ao conflito entre efetividade e segurança jurídica.

E a forma como será solucionada esse impasse entre princípios constitucionais haverá de passar pelo crivo de legitimidade do princípio da proporcionalidade, mediante os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O exame da proporcionalidade atesta se houve ou não excesso na prevalência de certo princípio sobre o outro, avaliando o deferimento ou não da medida de urgência.

Tanto as antecipações de tutela quanto as cautelares têm como fundamento de validade o princípio do acesso à justiça, que, por sua vez, alberga o princípio da efetividade do processo. Inevitavelmente, a análise de ambas as medidas deverá atender os elementos conceituais do princípio da efetividade.

Com isso, resta claro que as citadas tutelas não encerram medidas tempestivas e adequadas, somente, mas também estão direcionadas a provocar resultados práticos e tendentes a se conformarem aos influxos da coletividade.

Por tudo isso, ainda que se erga distinção entre as referidas técnicas, a doutrina tende a dispensar as medidas de urgência processualística comum. Não discrepa desse entendimento Cândido Rangel Dinamarco, quando assevera que,

Apesar das diferenças conceituais relacionadas com a destinação de umas e outras, as antecipações de tutela e as medidas cautelares têm um fortíssimo *elemento comum de agregação*, que induz a integrá-las numa categoria só – a saber, na categoria das *medidas de urgência*. No estágio atual do pensamento processualístico, que se endereça a *resultados* sem se deter em desnecessários pormenores conceituais e puramente acadêmicos, o que importa é pensar nas medidas cautelares e nas antecipatórias de tutela jurisdicional como modos de combate a esse inimigo dos direitos, que é o tempo. Daí legitimar-se o destaque à categoria *medidas de urgência*, pondo em plano inferior as distinções entre as duas espécies¹²⁵.

À vista de elementos tão comuns, é de se questionar o préstimo em se ofertar tratamento legislativo distinto para as técnicas antecipatórias e cautelares.

Apesar disso, o Código de Processo Civil confere às medidas cautelares rito procedimental bem detalhado, conforme se depreende dos arts. 796 a 889, dispositivos estes que compõem o Livro III do Código. Por outro lado, a técnica antecipatória se encontra discriminada apenas no art. 273, que praticamente se

¹²⁵ **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 181.

limita a descrever os requisitos para a concessão da antecipação de tutela.

Inexplicavelmente, cria-se um vazio procedimental para as tutelas antecipatórias. Diferentemente dos dispositivos que regem as medidas cautelares, o art. 273 do Código de Processo Civil não se manifesta sobre diversos assuntos importantes, tais como: pedido de antecipação de tutela por meio de procedimento preparatório (portanto, antes que o autor tenha condições de apresentar de modo mais exaustivo os argumentos e provas para sustentar a tutela definitiva de seu direito) e poder geral de antecipação de tutela (franqueando ao magistrado a concessão de ofício dessa medida).

Para não deixar desamparada a técnica antecipatória, no que diz respeito às regras que devem orientar seu procedimento, poderíamos supor que o legislador conscientemente optou por não regulamentar as peculiaridades procedimentais dessa medida. A ideia detrás dessa escolha seria a de permitir ao intérprete o preenchimento desse vácuo normativo com suporte na conformação das normas que já integram o sistema processual civil, no caso, as normas que ditam os procedimentos cautelares. O vazio procedimental de que se cuida corresponderia ao que Norberto Bobbio classifica de lacuna própria, subjetiva e voluntária¹²⁶.

Esse entendimento de que o legislador propositadamente elegeu um só dispositivo para tratar das antecipações de tutela ganha alguns adeptos. Sustenta-se ser desnecessário tecer todo o delineamento dessas medidas quando o Código de Processo Civil já o fez para as de perfil cautelar. O objetivo seria induzir o intérprete a buscar no procedimento das cautelares a normatividade necessária para aplicar à técnica antecipatória. Seguindo esse raciocínio, Cândido Rangel Dinamarco:

Assim, sendo esses dois institutos tão intimamente ligados, ao menos por

¹²⁶ A lacuna própria é aquela que pode ser completada por dispositivo do próprio sistema normativo, por obra do intérprete. Já a imprópria deriva da comparação entre o sistema real e o sistema ideal, e somente pode ser solucionada por meio da edição de novas normas. Lacunas subjetivas são aquelas que podem ser imputadas de alguma forma ao legislador, ao passo que as objetivas dizem respeito à necessidade de se atualizar o sentido das normas com as perspectivas sociais, não se tratando, pois, de vazio ocasionado pelo legislador. Por sua vez, as lacunas subjetivas se subdividem em involuntárias e voluntárias. As involuntárias decorrem de falha do legislador, que imagina ter regulamentado determinado caso, quando, na verdade, não o fez. As voluntárias são lacunas propositadamente deixadas pelo legislador, que apenas estabelece diretrizes para o intérprete retirar do sistema as normas aptas a serem aplicadas às situações aparentemente sem regulamentação. (**Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 199, p. 143-145).

analogia devem ser aplicados à tutela jurisdicional antecipada muitos dos dispositivos destinados diretamente à tutela cautelar. Sabido que o legislador de 1973, ao elaborar o Código de Processo Civil, não tinha consciência da distinção entre cautelares e antecipações, e que o de 1994, ao reformá-lo, limitou-se a trazer o novo art. 273 sem a preocupação de delinear por inteiro o instituto, a abrangência geral do disposto no Livro III é um imperativo metodológico e apóia-se comodamente nas regras hermenêuticas referentes à interpretação histórica, sistemática e teleológica. Só pela lógica do absurdo poder-se-ia afirmar que algumas dessas disposições só se aplicam se a parte optar pela qualificação da medida como cautelar e não antecipatória, ou que se devem dar tratamentos diferentes a dois institutos tão intimamente ligados, como irmãos gêmeos quase siameses¹²⁷.

Em razão da falta de regramento expresso, é louvável o esforço hermenêutico para se constituir um regime mais homogêneo para as tutelas de urgência com base na aplicação analógica da estrutura das medidas cautelares como forma de suprir as omissões verificadas na aplicação das antecipações de tutela.

Esse raciocínio, todavia, não afasta, pelo contrário, revela o equívoco do legislador em estabelecer regramentos tão distintos para institutos que deveriam receber tratamento similar. Não nos convence a suposição de que o vazio procedimental das tutelas de urgência tenha sido intencional, pelo fato de o legislador estar seguro da existência no Livro III do Código de Processo Civil de um regramento unitário para as medidas antecipatórias e cautelares.

Interessante seria a lei expressamente “conferir à tutela de urgência tratamento homogêneo, a fim de que a aplicação das idéias não se faça de forma fragmentada, com vistas apenas aos casos concretos”¹²⁸.

Vimos que as tutelas de urgência estão diretamente relacionadas ao princípio do acesso à justiça, logo não se pode admitir que existam impasses procedimentais que atrapalhem o pleno emprego dessas medidas, ou seja, que impeçam a concretização do princípio da efetividade por meio da salvaguarda das técnicas antecipatórias e cautelares. Em relação à tutela de urgência, “é preciso sistematizar esse instituto, principalmente em função do importante papel por ele

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 80.

¹²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 136.

exercido em relação à efetividade do processo”¹²⁹.

Portanto, a sistematização dos procedimentos das medidas antecipatórias e cautelares não apenas aproxima os institutos, mas também repara uma falha grave do Código. Tal deslize se consubstancia na negligência em ofertar a necessária processualística das antecipações de tutela, hoje dependente apenas do art. 273 do Código de Processo Civil. Ademais, o Código estabeleceu ritos diferentes para situações que mereciam tratamento igualitário, tal como a possibilidade de manejo preparatório da medida cautelar sem a correspondente via para possibilitar o pleito antecedente da medida satisfativa.

4.3 Fim da Autonomia do Processo Cautelar.

Conforme discurremos anteriormente, a diferença de tratamento levado a cabo pelo Código de Processo Civil não se limita ao fato de o legislador ter descrito de maneira pormenorizada o procedimento das providências cautelares, omitindo-se quanto a detalhamento mais preciso do procedimento das medidas antecipatórias.

Além disso, o legislador tratou de situar as espécies de tutelas de urgência em planos bem opostos, ao conferir às medidas cautelares o *status* de processo autônomo, deixando de atribuir esse mesmo destaque às antecipações de tutela.

Com algumas exceções, a exemplo do poder geral de cautela que possibilita o magistrado deferir medida cautelar de ofício e no contexto do processo que se pretende assegurar, as medidas cautelares constituem processo autônomo. Portanto, em regra, o sujeito que pleiteia determinada medida assecuratória deverá comprovar os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* em processo próprio, instaurado por meio de ação antecedente ou incidental ao feito principal.

Somos da opinião de que as medidas cautelares incidentais, assim como hoje ocorre com a técnica antecipatória, devem ser requeridas e decididas nos autos do próprio processo em que se pretende preservar a funcionalidade e justiça da prestação jurisdicional.

Decisivamente, não há sentido em se instaurar processo cautelar autônomo,

¹²⁹ Ibidem, p. 136.

com todas as formalidades procedimentais que um processo comporta, principalmente quando a finalidade da técnica cautelar é dar suporte ao processo em cujo âmbito paira a discussão sobre o mérito da lide.

Acrescente-se, ainda, a noção de que a praxe forense demonstra que o processo cautelar praticamente se esgota na concessão ou indeferimento da medida liminar. Uma vez que se tenha manifestado a respeito dessa medida liminar, o juiz determina que os autos da medida cautelar fiquem apensos ao processo principal, quando, então, todas as atenções se voltam para este. Com isso, o processo cautelar passa a ser esquecido, somente lembrado quando o juiz vai proferir sentença que aprecia o mérito do processo principal. Por vezes, esta mesma sentença já comporta em sua parte dispositiva a solução do feito cautelar, não sendo incomum a mera referência ao fato de que a ação assecuratória perdeu seu objeto, devendo ser extinta sem resolução do mérito¹³⁰.

Parece-nos claro que, pleiteadas internamente ao processo em que se discute a querela entre as partes, as medidas de urgência conformam-se muito mais ao princípio da efetividade do processo, em vez de requeridas em processo autônomo.

Realmente a inexistência de processo autônomo contribui sobremaneira para a celeridade da prestação jurisdicional. Isto porque não se faz necessário todo o rigorismo formal que a constituição de um processo exige para que, somente após, o juiz tenha condições de se manifestar sobre o pedido liminar. Corrobora esse raciocínio a simples verificação do teor do art. 801 do Código de Processo Civil, que apresenta rol de exigências a serem observadas quando do ajuizamento da ação cautelar; ainda mais quando se sabe que esse processo será destinado ao ostracismo, tão logo o magistrado decida a respeito da medida.

Além disso, a autonomia dos processos das medidas de urgência incidentais em nada fortalece a ideia de adequação da tutela. Para ser adequada, a tutela deve estar relacionada a uma atividade jurisdicional predisposta a proteger determinado

¹³⁰ Com esse mesmo pensamento: CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutelas Diferenciadas e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 191

direito material, levando em consideração todas as suas especificidades; ou seja, a tutela adequada está diretamente relacionada à ideia de pertinência da cognição para as peculiaridades existentes no plano material¹³¹.

Ciente disso, temos que a burocracia para instaurar processo próprio em nada se conforma com a celeridade processual demandada para a proteção de situações jurídicas que exigem reposta jurisdicional rápida, sob pena de risco de dano irreparável ou de reparação difícil.

No caso, a cognição sumária que orientará a verificação da viabilidade das medidas de urgência incidentais há de ser feita nos próprios autos do feito principal. Lembramos que as referidas medidas são predispostas a lutar contra os efeitos corrosivos do tempo. Dito de outra forma, o campo das técnicas antecipatórias e cautelares é o do conflito entre direitos fundamentais potencializado pelo fator tempo.

Por isso, não nos parece lógico impor a obrigação de a parte ter de iniciar todo um processo simplesmente para o juiz se manifestar acerca do pleito liminar, sabendo-se que essa demora pode comprometer o direito posto em juízo ou a utilidade do processo principal. Definitivamente, a profundidade do conhecimento necessário ao exame das medidas de urgência, sobretudo quando incidentais, em nada se compatibiliza com a instauração de um processo independente.

Some-se às colocações anteriores a seguinte circunstância: ao analisar requerimento incidental de tutela de urgência, nos próprios autos da demanda principal, o magistrado tem ao seu alcance os elementos fáticos já expostos no processo, capazes de lhe facilitar o juízo de verossimilhança. Possibilitam-se melhores condições ao juiz para proferir, ou reavaliar a todo instante sua decisão sobre certa medida de urgência, sempre com o objetivo de produzir resultados práticos.

¹³¹ Para José Roberto dos Santos Bedaque “cognição adequada é aquela prevista pelo legislador processual, em função das características da relação jurídica litigiosa. Impõe-se que a profundidade da atividade cognitiva do juiz leve em consideração as peculiaridades do litígio, como urgência da tutela, ainda que provisória. Isto é, ao estabelecer modelos de procedimento, deve o legislador assegurar às partes a cognição adequada à solução daquele litígio. A profundidade do conhecimento, exigida na medida exata das necessidades verificadas no plano material, constitui fator relevante para o acesso à ordem jurídica justa”. (**Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 154).

Por força desses argumentos, compreendemos que o Código de Processo Civil não deve mais se estruturar com base na tradicional classificação tripartite¹³² do processo, ceifando-se a autonomia do processo cautelar¹³³.

Destacamos que esse posicionamento não significa que sustentamos a adoção do processo sincrético em grau máximo. Não compreendemos que o processo deva ser concebido como simples atividade estatal orientada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa; isto é, a ideia de processo sem rótulo, desprovido de classificação, como mera sequência de atos tendentes a tutelar direitos. Sob a perspectiva do processo sincrético, o emprego das técnicas cognitiva, executiva e de urgência seria feito de modo indiferente, sem que para cada espécie dessas técnicas se estipulasse modalidade autônoma de processo.

Defendemos, porém, a ideia de que o Código de Processo Civil deve franquear autonomia para os processos de conhecimento e de execução, este no caso de o exequente já possuir título executivo extrajudicial, não se tratando apenas do incidente de cumprimento de sentença¹³⁴.

O que não admitimos é a consideração de uma via autônoma para o processo cautelar¹³⁵. No lugar de processo próprio, a medida cautelar e a

¹³² De acordo com Sérgio Bermudes, “o processo civil contencioso se divide em três espécies: processo de conhecimento ou cognitivo, processo de execução, executivo ou executório, e processo cautelar”. (**Introdução ao Processo Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 92).

¹³³ O fim da autonomia do processo cautelar é defendido por Athos Gusmão Carneiro, em sua proposta de reformulação do Código de Processo Civil. De acordo com esse estudo, que recebe a chancela do Instituto Brasileiro de Direito Processual, o atual Livro III do CPC, intitulado “Do Processo Cautelar”, passaria a ser designado “Das Tutelas Diferenciadas”. Este novo Livro III seria composto por dois títulos: um destinado às cautelares e antecipações de tutela; outro voltado para o que se chamou de processos de urgência. (Tutelas Diferenciadas e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193-204).

¹³⁴ Aliás, o fim da autonomia do processo cautelar e a manutenção da independência dos processos de conhecimento e de execução parecem ser a tendência que será adotada por nosso legislador ordinário, de acordo com o Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, que contém a proposta do Novo Código de Processo Civil. No texto do referido Projeto de Lei, o Código passará a ser organizado em cinco livros: Livro I – Parte Geral; Livro II – Do Processo de Conhecimento; Livro III – Do Processo de Execução; Livro IV – Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais; Livro V – Das Disposições Finais e Transitórias.

¹³⁵ Esse é o mesmo posicionamento capitaneado por Luiz Fux, Presidente da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o novo Código de Processo Civil. Manifestando-se especificamente sobre as mudanças que poderão ser operadas no regime das tutelas de urgência, Luiz Fux afirma que: “O livro do processo cautelar foi substituído por um título que versa sobre a tutela de urgência cautelar e satisfativa e a tutela de evidência. O processo cautelar, como preparatório da ação principal ou incidental, na verdade é processo de sentença e encerra modalidade de tutela servil às demais

antecipação de tutela não de ser tratadas igualmente como incidentes. Inclusive, no Livro correspondente à parte geral do Código, ambas as técnicas poderiam ser consideradas sob a epígrafe das “medidas de urgência”¹³⁶.

Parece-nos deveras contraditório o tratamento desigual às espécies de medidas de urgência, notadamente no que toca à questão da autonomia processual. Nesse ritmo, se as antecipações de tutela possuem consequências bem mais amplas, em virtude de sua indisfarçável satisfatividade, e são requeridas nos próprios autos da demanda considerada principal, não há por que se conferir autonomia ao processo cautelar, cujo objetivo é o de garantir funcionalidade ao processo, ou seja, a utilidade do provimento final¹³⁷.

Esse contrassenso revela-se ainda mais latente quando se sabe que o jurisdicionado pode requerer as medidas necessárias dos arts. 273, §3º, 461, §5º e 461-A do Código de Processo Civil, por meio de mera petição interposta no curso da demanda principal.

Entre essas medidas necessárias, se encontram as de cunho eminentemente cautelar, a exemplo da busca e apreensão e da remoção de pessoas e coisas. Reitere-se o fato de que tais medidas são pleiteadas no curso do processo, sem necessidade de qualquer procedimento específico (em apartado), para garantir a eficiência do provimento final ou da tutela antecipatória já concedida.

Também no decorrer da demanda principal o juiz pode adotar seu poder

formas de prestação judicial”. (O Novo Processo Civil. In: FUX, Luiz (Coord.). **O Novo Processo Civil Brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil)**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 17).

¹³⁶ No texto do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, que acolhe a proposta do Novo Código de Processo Civil, dedica-se, no Livro I (parte geral), o Título IX, para tratar da tutela de urgência e da tutela de evidência. Ao mesmo tempo em que o Projeto mantém a distinção conceitual entre as técnicas, referindo-se à tutela de urgência cautelar e tutela de urgência satisfativa, a estas se dispensa regime procedimental comum.

¹³⁷ Na mesma linha de entendimento Athos Gusmão Carneiro informa que: “Com efeito, quando menos a partir do momento em que passou a ser admitida, como possibilidade inerente ao processo de conhecimento, a concessão de ‘medida antecipatória dos efeitos da tutela’ (CPC, art. 273, com a redação dada pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994), requerida e decidida ‘nos próprios autos da causa’, tornou-se incongruente exigir um ‘processo’ em apartado, com atuação, citação, contestação etc., para que qualquer das partes possa postular, ‘no curso da demanda’, a concessão de medida cautelar. Cumpre ponderar, neste passo, que os pressupostos de concessão da medida cautelar são, em princípio, menos rigorosos do que os de deferimento de uma medida antecipatória dos efeitos da tutela”. (Tutelas Diferenciadas e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 191).

geral de cautela (art. 798 do CPC) para evitar que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause à outra dano irreparável ou de reparação difícil.

Não se olvide, ainda, que há uma série de medidas previstas no Código de Processo Civil, de feição manifestamente cautelar, apreciadas por meio de meros incidentes instaurados no transcurso do feito. Assim é a hipótese da exibição de documento ou coisa que esteja na posse de uma das partes (art. 355 do CPC). Há de se ressaltar, todavia, a ideia de que se o documento ou coisa se achar no poder de terceiro, alheio ao processo, a ordem de exibição deixa de ser mero incidente processual para ganhar o *status* de verdadeira ação, inclusive com citação desse terceiro. Outro exemplo de incidente cautelar interno ao processo é a condução de testemunha (art. 412 do CPC).

Por isso, não há razão que assista o Código de Processo Civil quando este diferencia situações que deveriam ser tratadas de forma igual. E agora não nos estamos referindo à diferença de procedimento entre as medidas antecipatórias e cautelares. O Código se equivoca até mesmo no regramento das próprias medidas cautelares.

Com efeito, não se justifica a exigência genérica de processo autônomo para abrigar o pleito cautelar, quando o mesmo sistema processual indica que medidas cautelares podem ser requeridas e decididas como meros incidentes internos à demanda principal. Assim demonstramos com a indicação das citadas medidas necessárias, do poder geral de cautela do juiz, bem como de certos dispositivos do Código (tal como a exibição de documento ou coisa e a condução de testemunha).

Mesmo quando requeridas em procedimento preparatório, o processo não será qualificado de autônomo pelo simples motivo de ter sido formalizado para acolher as medidas antecedentes. A autonomia do processo, isto sim, decorrerá do pedido principal que deverá ser postulado posteriormente nos mesmos autos, inaugurando-se, pois, todos os consectários da cognição exauriente, inclusive a ampla instrução probatória. Ainda que a parte adversa não se manifeste acerca do pedido liminar, o que torna desnecessária a apresentação ulterior do pedido principal, pode-se discutir se a decisão do magistrado sobre a tutela de urgência há

de ser ou não acobertada pelo manto da coisa julgada¹³⁸.

As considerações outrora delineadas apontam para a correção de incongruência da autonomia do processo cautelar.

4.4. Há Utilidade em Tipificar as Medidas Cautelares?

O simples fato da menção “medida cautelar” nos induz naturalmente a pensar em dois fatores, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Essa inferência explica-se pela simples circunstância de ser exatamente a concorrência desses dois elementos, estudados desde a visão constitucional da efetividade do processo, que nos permite aferir a necessidade da concessão de tutela cautelar.

Portanto, movido pelo argumento do direito verossímil e da alegação de efeitos danosos que podem derivar da demora na prestação jurisdicional, o magistrado há de determinar medidas para preservar a funcionalidade do processo e garantir o efetivo acesso à justiça.

Dentre o vasto espectro que essas medidas podem comportar, o juiz tem poderes para: autorizar ou vedar a prática de atos; restringir a disponibilidade de bens, determinando, por exemplo, que instituição financeira bloqueie numerário de um dos litigantes; impingir a remoção de pessoas ou bens; ordenar guarda judicial de pessoas; impor caução.

Enfim, poderíamos listar uma infinidade de medidas cautelares de que se poderia servir o julgador e, mesmo assim, não teríamos a audácia de supor que a referida ementa previsse todas as situações fáticas que demandassem proteção cautelar.

Com efeito, pouco interessa ficarmos envidando esforços com o intuito de

¹³⁸ Esse posicionamento encontra respaldo no Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, que acolhe a proposta do Novo Código de Processo Civil. No que diz respeito às medidas antecedentes (de urgência e de evidência), o Código reformulado apresenta o seguinte dispositivo: “Art. 289. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de um mês ou em outro prazo que o juiz fixar. § 1º O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento de medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais. § 2º A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar. § 3º Na hipótese prevista no § 2º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados”.

criar modelos formais que possam alojar específicas medidas cautelares. Isto porque as situações da vida são infundáveis, além de complexas, de modo que caberá ao magistrado se valer do poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC, para verificar qual medida será adequada para o caso concreto.

Percebendo as características da situação posta em juízo, o julgador poderá não somente empregar as medidas que exemplificamos há instantes, mas também se valer de outras, mediante bom senso. Seja como for, o juiz deve se orientar pelos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora, vistos sob o prisma do princípio da efetividade do processo.

De forma semelhante, acreditamos que as partes podem propor qualquer medida cautelar que julguem suficiente para lhes garantir um processo efetivo, ainda que não expressamente positivadas. É evidente que, na linha do que sustentamos, essa liberdade apenas encontra limite no dever de indicar “a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão”. (Art. 801, IV, do CPC).

Além de formalismos, o que realmente importa é evitar que o processo fique impossibilitado de produzir resultados eficazes. Tal ocorreria em duas situações. Um, se antes da decisão final já tivessem ocorrido danos às pessoas ou bens. Dois, quando o procedimento chegasse ao seu termo sem que preliminarmente houvesse sido proporcionada a reunião de elementos externos suficientes para uma boa prestação jurisdicional.

Por isso, entendemos desnecessárias as chamadas medidas cautelares nominadas. Em verdade, compreendemos que, ao se criar modelos formais para se estipular específicas técnicas cautelares, o legislador desnecessariamente impõe ao jurisdicionado o ônus de comprovar mais requisitos do que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Com efeito, “a efetividade do processo depende fundamentalmente da correspondência entre a forma e a realidade”¹³⁹. E a realidade com que se defrontam as tutelas de urgência é exatamente a do conflito entre direitos fundamentais,

¹³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78.

notadamente o embate entre os princípios da efetividade do processo e da segurança jurídica; ou seja, uma circunstância cuja solução não será dada pela perspectiva da subsunção fato-norma, mas sim pela análise da textura aberta dessas normas constitucionais.

Portanto, os requisitos das medidas cautelares não podem ser excessivamente descritivos. Do contrário, não se deixaria margem para trabalharmos essas tutelas com base na dialética dos valores envolvidos na interpretação das normas constitucionais.

De fato, tornar a medida cautelar uma técnica guiada por vários condicionantes formais restringe-nos a pensar essas tutelas por meio do plano infraconstitucional, e não com origem no modelo constitucional de processo civil - principalmente quando se sabe que esses critérios não contribuem para o aprimoramento da adequação da tutela com vistas a concretizar o princípio da efetividade. A bem da verdade, tais requisitos sequer seguem um padrão, uma homogeneidade, variando indiscriminadamente para cada medida cautelar típica.

Além de se distanciar da perspectiva de tutela adequada, a imposição de condicionamentos desnecessários para as cautelares cria um modelo hermético cujo apego inviabiliza o pensamento dessas medidas com esteio nos demais elementos conceituais do princípio da efetividade.

E nem se diga que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são portas escancaradas para a avaliação arbitrária por parte do magistrado. Como solução, exaltamos a importância do juízo de proporcionalidade a fim de atestar em que medida a preponderância da efetividade em relação à segurança jurídica será legítima, no que diz respeito ao exame das tutelas de urgência.

Com esse enfoque, não podemos chancelar o fato de o Código de Processo Civil estabelecer as condições genéricas das medidas cautelares no art. 798 e, paralelamente, impor mais requisitos em dispositivos que versam sobre providências cautelares específicas.

Vejamos o exemplo do arresto. O art. 814 do CPC evidencia que, além dos requisitos da medida cautelar genérica, faz-se necessária a prova da liquidez e

certeza de um título prévio. Com isso, vislumbramos situação em que o sujeito demonstra a verossimilhança de direito creditício, embora ainda não objeto de título líquido e certo, e o risco de o provável devedor tornar-se intencionalmente insolvente antes da constituição do mencionado título. Se pensarmos em termos formais, esse possível credor não poderá requerer em juízo a medida cautelar de arresto.

Em termos mais concretos, supomos o caso em que determinado sócio alega que não foi consultado a respeito de alteração contratual na sociedade. Sentindo-se desconsiderado, esse sócio ajuizou ação de dissolução parcial da sociedade, objetivando perceber os haveres a que teria direito em situações como essas. No transcurso da ação, logo antes da constituição de título líquido e certo em seu favor, o autor requer medida cautelar incidental a fim de que sejam arrestados bens suficientes para o possível pagamento de seus haveres. O argumento do perigo na demora da prestação judicial apoiava-se na alegação de que os demais sócios teriam dilapidado o patrimônio de outra sociedade, recaindo sobre estes um histórico de abuso na gestão de empresas.

Na hipótese ora ventilada, restam flagrantes os formalismos do arresto, pois o mencionado pleito cautelar não teve espeque em título líquido e certo, tampouco o *periculum in mora* se encosta em uma das hipóteses indicadas no art. 813 do CPC. Simples é notar que entre as necessidades fáticas e o princípio da efetividade interpõem--se condicionamentos formais que obstaculizam o acesso à justiça por meio do processo.

A fim de contornar a situação, parte da doutrina flexibiliza os critérios das cautelares nominadas. Assim, defende-se a possibilidade da aplicação de determinada medida cautelar típica ainda que a circunstância fática não se amolde às hipóteses estipuladas pelo legislador, bastando a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Posições como essas deixam clarividente a desnecessidade dos condicionamentos extras. Estes servem apenas para conturbar o que deveria ser lógico e simples: a concessão genérica de medida cautelar com fundamento na verossimilhança do direito alegado e no risco de dano, fundamentos esses perquiridos do ponto de vista constitucional da efetividade do processo. Realmente

essa tentativa de flexibilizar tais rigores não consegue esconder a existência de formalismos absolutamente prescindíveis. De qualquer maneira, fica o registro do posicionamento de José Miguel Garcia Medina:

Deste modo, é possível não apenas a concessão de cautelar não tipificada pelo legislador (a que corresponde a uma concepção tradicional do poder geral de cautela, cf. art. 798 do CPC), como, também, a concessão de cautelar nominada, em hipóteses não previstas pelo legislador, sempre que presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, ou, no mínimo, a concessão de cautelar inominada, neste caso. Orientação diversa, a nosso ver, contrariaria o princípio insculpido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal¹⁴⁰.

Ao criarem explicações para garantir a manutenção das medidas cautelares nominadas, esses ensaios conciliatórios alinham-se com o pensamento do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, esta Corte, ao decidir a respeito do arresto, sustenta que “as hipóteses enumeradas no art. 813, do CPC, são meramente exemplificativas, de forma que é possível ao juiz deferir cautelar de arresto fora dos casos enumerados”¹⁴¹.

Apesar disso, há quem se manifeste explicitamente pelo fim da tipicidade das medidas cautelares, atentando para a noção de efetividade do processo:

A sociedade contemporânea tem exigido do direito processual um mínimo de eficiência da tutela jurisdicional. As medidas cautelares nominadas previstas no sistema processual em vigor em nada contribuem com a efetividade do processo. Trata-se de medidas que, em sua grande maioria, estão inspiradas em modelos anacrônicos de processo, há muito ultrapassados (tal como o arresto, que foi trazido do direito lusitano, que há muito já alterou sua concepção) ou que não se configuram como tipicamente cautelares (tal como o atentado que se configura como típica medida satisfativa)¹⁴².

Registre-se o alerta de Fredie Didier Jr. no sentido de que a extinção de todas as medidas cautelares típicas apresenta-se como decisão desarrazoada, que

¹⁴⁰ MEDINA, José Miguel Garcia; DE ARAÚJO, Fábio Caldas; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos Cautelares e Especiais**: antecipação de tutela, jurisdição voluntária e ações coletivas e constitucionais. Processo Civil Moderno. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 84.

¹⁴¹ STJ, REsp nº 7094/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 01/02/2006, p. 548. No mesmo sentido: STJ, REsp nº 909478/GO, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 27/08/2007, p. 249; STJ, REsp nº 123659/PR, Quarta Turma, Relator Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira, DJ 21/09/1998, p. 175.

¹⁴² SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência**: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 339.

ocasionará sérios transtornos à prática forense¹⁴³.

Expondo seu ponto de vista, o Doutrinador baiano asseverou que o fim da disciplina própria de medidas cautelares tradicionais, a exemplo das constritivas históricas (arresto e sequestro), promoverá um vazio procedimental, cuja lacuna deverá ser preenchida pela jurisprudência. Por outro lado, reforçou Fredie Didier Jr., há delas que podem ser perfeitamente excluídas, justamente por não terem qualquer utilidade prática, como é o caso da posse em nome de nascituro e o da homologação de penhor legal.

Também não perfilhamos esse entendimento. O raciocínio segundo o qual a extinção das medidas cautelares nominadas, ou parte delas, ocasionará lacuna no sistema processual, ao ponto de a jurisprudência ter de reconstruir passo a passo a sistemática dessas medidas, concebe o ordenamento jurídico a partir do “dogma da completude”¹⁴⁴.

Mais do que isso: trata-se de compreensão que nutre simpatia pela ideia de codificação, da afeição à lei, em vez de procurar na estrutura aberta dos princípios constitucionais o verdadeiro sentido do processo e, por conseguinte, das medidas cautelares.

Destacamos que as considerações de Fredie Didier Jr. seguem a mesma trilha da doutrina de Athos Gusmão Carneiro, que reuniu sugestões do Instituto Brasileiro de Direito Processual e propôs reformulação do Código de Processo Civil

¹⁴³ Esse posicionamento foi declarado em Fortaleza/CE, durante evento organizado pela Comissão de Juristas encarregada de elaborar o então Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, posteriormente objeto do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010. Tal evento constituiu-se em audiência pública patrocinada pelo Senado Federal e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, no auditório da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, no dia 05/03/2010. Durante o evento, estiveram presentes alguns membros da citada Comissão de Juristas, tais como Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina e Marcus Vinicius Furtado Coelho, além de acadêmicos e profissionais convidados, a exemplo dos Professores Marcelo Guerra e Fredie Didier Jr.

¹⁴⁴ Expressão usada por Norberto Bobbio para indicar a crença de que o ordenamento jurídico possui norma específica para regular cada situação da vida. Assim, ao juiz não faltará dispositivo que possa ser aplicado a cada caso concreto, pois a completude, ou seja, a inexistência de lacunas, é condição necessária do ordenamento jurídico. De acordo com o Autor, “a miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se”. (**Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 115-127).

no que toca às tutelas de urgência¹⁴⁵.

De acordo com a proposta de Athos Gusmão Carneiro, preserva-se uma série de medidas cautelares típicas, tais como: arresto, sequestro, caução, produção antecipada de provas, arrolamento e depósito de bens, justificação e atentado. As medidas cautelares consideradas por Fredie Didier Jr. desprovidas de funcionalidade são desconsideradas no citado esboço de reformulação legislativa. Vale conferir que não apenas se indica a manutenção de certas medidas cautelares típicas, mas também se aponta a criação de mais uma figura: a indisponibilidade de bens. Por meio desta, tem-se que, nos casos do arresto e em outros previstos em lei, o juiz poderá se limitar à decretação da indisponibilidade de bens do devedor, franqueando-se a este a posse do bem indisponível mediante caução.

Acrescente-se que, em atenção às diferenças conceituais entre medida cautelar e antecipatória, Athos Gusmão Carneiro retira do rol das medidas cautelares nominadas a figura dos alimentos provisionais para tratá-los como hipótese específica de antecipação de tutela.

Conforme anunciado, percebemos a relutância de parte da doutrina e jurisprudência em considerar todas as medidas cautelares unicamente com base nos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, interpretados à luz dos direitos fundamentais. Mesmo assim, acreditamos que prevalecerá o entendimento segundo o qual a instituição de modelos específicos de medidas cautelares, privilegiando mais requisitos do que os estampados no art. 798 do CPC, não se amolda à exigência de adequação de tutela, distanciando-se das diretrizes traçadas pelo princípio da efetividade do processo¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Para mais esclarecimentos a respeito da proposta formulada por Athos Gusmão Carneiro: Tutelas Diferenciadas e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa. In: ARMELIN, Donald (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 190-204.

¹⁴⁶ Entendemos ser tendência legislativa a extinção das medidas cautelares típicas, conforme se depreende da leitura do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, cujo objeto é o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Aliás, vislumbramos que todas as medidas de urgência, e não somente as cautelares, terão como requisitos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. É o que se atesta da redação proposta para o art. 283, senão vejamos: “Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação”.

4.5 Da Concessão da Tutela Antecipada Preparatória.

Em doutrina não pairam maiores controvérsias acerca da possibilidade de se pleitear medida antecipatória em qualquer instante do processo de conhecimento. Independentemente da fase deste processo, pode o magistrado apreciar pleito de antecipação de tutela e deferir a medida até mesmo antes da prévia oitiva da parte contrária¹⁴⁷.

Inclusive o juiz pode conceder a satisfação dos efeitos da tutela no instante da sentença, notadamente quando esta decisão comportar apelação com efeito suspensivo. Nesta hipótese, a antecipação de tutela equivale à “autorização para execução provisória”¹⁴⁸.

Pode-se empregar técnica antecipatória na fase recursal, que será apreciada pelo órgão colegiado competente para julgamento do recurso, ou monocraticamente pelo relator, de acordo com o regimento do tribunal.

Ademais não se erguem debates sobre a possibilidade de se conceder medida antecipatória durante o incidente de cumprimento da sentença ou no curso do processo de execução; especialmente no caso de os atos executivos restarem suspensos por força de impugnação ou embargos.

Com efeito, não haveria sentido interpor obstáculos à concessão de tutela antecipada nas situações há pouco enumeradas sob o argumento de que a técnica antecipatória simplesmente não poderia ser empregada em dado momento processual. Pela mesma razão, não existe lógica em se predeterminar a inviabilidade de deferimento da medida antecipatória antes da plena exposição da tutela principal.

¹⁴⁷ Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque aduz que: “Tratando-se da situação prevista no inciso I do art. 273, ou seja, a antecipação de natureza cautelar, cujo objetivo é assegurar a utilidade do provimento definitivo, pode o juiz determiná-la a qualquer momento, mesmo antes da citação ou em sede recursal. Basta a demonstração dos requisitos legais, isto é, a verossimilhança e a situação de perigo. A concessão da tutela *inaudita altera parte*, embora negada por boa parcela da doutrina que já se ocupou do assunto, não encontra óbice legal (cfr. Sérgio Bermudes, *A reforma*, p. 36). Se já presentes os pressupostos legais no momento da propositura da ação, nada impede seja a antecipação concedida antes mesmo do ingresso do réu no processo”. (**Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 373).

¹⁴⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

Isto porque a situação de risco não tem momento certo para se deflagrar. O sistema processual há de se munir de meios para viabilizar a prestação da tutela jurisdicional efetiva, como mecanismo disposto pelo Estado Social para garantir os direitos encartados na Constituição.

Fortalece essa tese a circunstância de a plausibilidade do direito, como requisito da tutela antecipada, também ser demonstrada a qualquer instante. Obviamente em determinadas situações o exame do direito por meio de cognição sumária fica facilitado em face da existência de inúmeros elementos probatórios já constantes dos autos. Exemplo disso é o deferimento da medida antecipatória na sentença e nos procedimentos de execução.

Portanto, não existe momento processual específico para se requerer ou deferir medida antecipatória, pois a qualquer momento podem surgir os requisitos dessa medida. Formalidades processuais não devem impedir que o indivíduo tenha direito a uma resposta jurisdicional célere, adequada, apta a ocasionar resultados práticos e atenta às questões sociais.

A depender do nível de urgência revelada pela situação fática, esses requisitos, tanto quanto possível, hão de ser expostos em procedimentos céleres e desburocratizados.

Por isso, nada impede que, antes de apresentada a demanda principal, a parte reúna somente os elementos necessários para atestar os requisitos da antecipação de tutela. Na luta contra o tempo, pode acontecer de o interessado não ter condições de coligir todos os documentos nem expor todos os fatos capazes de permitir cognição mais profunda do magistrado acerca da tutela principal. Tal como as medidas cautelares preparatórias, nesse caso bastaria demonstração da provável titularidade do alegado bem da vida e da situação de risco por que passa o direito sob ameaça de violação.

Malgrado tais considerações, o Código de Processo Civil não previu procedimento preparatório para albergar pleito de medida antecipatória. Ao estipular que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, o art. 273 do Código evidencia que,

para pleitear a tutela provisória e satisfativa do direito, a parte tem de obrigatoriamente apresentar requerimento da tutela principal.

Conforme destacamos, o prévio ajuizamento da demanda principal como forma de viabilizar pedido de medida incidental antecipatória reclama tempo para reunir os documentos necessários à comprovação do direito. Acrescente-se que a própria petição inicial do processo principal exige mais cuidado do autor na descrição dos fatos e na exposição das teses jurídicas.

Toda a complexidade da postulação da tutela principal se explica porque esta tende a incutir no magistrado a certeza (ainda que suposta, baseada em pretensa verdade material) quanto à existência do direito sob apreciação do juízo.

Hão de ser considerados, contudo, situações de dano ou ameaça de dano a direito. Estes riscos ocorrem num lugar onde se embatem direitos fundamentais dos mais diversos, que exigem solução conformadora imediata. Nessas hipóteses, muitas vezes sequer existe tempo hábil para se fazer a postulação exigida para a demanda principal.

De fato, há situações que requerem pronta solução por parte do Poder Judiciário, “sem o que a tutela jurisdicional seria completamente inútil, representando verdadeira injustiça, não passível nem de reparação pecuniária”¹⁴⁹.

Em tais casos, não é poder-dever do juiz conhecer amplamente os argumentos de fato e de direito que envolvem a demanda principal. Isto porque o juiz não precisa se convencer plenamente da existência do direito alegado, mas sim ponderar os valores em conflito e distribuir de forma isonômica os ônus do tempo entre as partes.

Por mais que os conservadores possam se achar ultrajados, na qualidade de adeptos ferrenhos do modelo liberal de processo, o fato inquestionável é que o juiz pode decidir com base em cognição superficial, incompleta¹⁵⁰. É a ideia de cognição

¹⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 119.

¹⁵⁰ Cândido Rangel Dinamarco afirma que: “Em certos litígios marcados pela necessidade de uma tutela jurisdicional particularmente tempestiva – e assim capitulados pela lei – o juiz é dispensado de realizar uma *cognição plena*, ou seja, ele é autorizado a decidir com fundamento em investigações

fundamentada em possibilidades, inclusive se valendo o juiz desta cognição para outorgar medidas satisfativas.

Dessa feita, não vislumbramos empecilho para o magistrado decidir pedido de tutela antecipatória em procedimento preparatório ao da tutela principal do direito. Basta o julgador se convencer dos requisitos da medida antecipatória, por sua vez analisados à luz do princípio da efetividade do processo.

Decisivamente, em certas situações de conflito, o magistrado há de balancear os riscos com base em cognição sumária, e esta não depende de uma petição inicial ampla, contendo todos os elementos da tutela principal.

Há tempos esse raciocínio apoia o emprego das medidas cautelares antecedentes, não se compreendendo por que semelhante tratamento não é dispensado às antecipações de tutela. Mais uma vez, não subsiste razão para o Código de Processo Civil estipular procedimentos diferenciados para medidas substancialmente parecidas, especialmente quando examinadas sob a perspectiva constitucional.

Ambas as medidas de urgência hão de ser examinadas com base em cognição sumária. Esta se diferencia da cognição plena pela circunstância de permitir o juiz conhecer a demanda com base em juízo de verossimilhança, não se exigindo farta instrução probatória.

Distribuir de forma equilibrada os riscos e examinar a probabilidade de a parte ser titular do direito são os fatores que interessam ao magistrado no exame das medidas de urgência. Tais fatores podem ser perfeitamente indicados em procedimento preparatório. Depois, nada impede que sejam expostos argumentos capazes de imprimir juízo de certeza, em vez de mera probabilidade. Neste último

menos cuidadosas. Tal é a *cognição sumária*, que se limita à investigação das alegações trazidas pelo autor, diferindo-se a momento futuro o eventual exame dos fundamentos de defesa (como no processo monitorio); ou que se contenta com o exame menos profundo das alegações a serem consideradas no julgamento (como no processo dos juizados especiais). Na primeira hipótese tem-se uma *cognição sumária porque incompleta*; na segunda, *sumária porque superficial* (Chiovenda). Numa, falta a plenitude da extensão horizontal de uma investigação completa; noutra, a profundidade vertical de uma investigação exauriente (Watanabe – *infra*, n. 777)". (**Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 184).

caso, deverão ser especificamente descritos os fundamentos de fato e de direito aptos a sustentar o pedido da tutela principal.

Dessa maneira, se for concedida medida antecipatória, é porque não parece razoável ao juiz impor à parte detentora de direito provável o sacrifício de não fruir imediatamente esse direito. Nessa ponderação de riscos, entendeu-se ser legítimo recair sobre a parte adversa o dever de suportar provisoriamente os efeitos imediatos pretendidos pelo beneficiário da tutela.

Parte-se do raciocínio de que não é prudente impor à parte possuidora de direito aparente a condição de só poder exercê-lo ulteriormente quando da sentença ou do trânsito em julgado da decisão final. Tal pensamento justifica a concessão da tutela antecipada no início do processo de conhecimento, até mesmo antes da oitiva da parte contrária. Exatamente este ponto de vista também explicaria requerimento de tutela antecipada em procedimento preparatório, afastando o prerequisite de a parte ter de ajuizar ação capaz de embasar detalhadamente o pedido de tutela principal.

Tais condicionamentos destoam da natureza de urgência que revestem as medidas antecipatórias. Isto porque o tempo demandado para transpor esses obstáculos pode implicar o fato de a parte não ter mais condições de fruir o direito em sua plenitude. De forma ainda pior, é possível que o direito não possa mais, mesmo que parcialmente, ser exercido em sua forma específica, devendo ser convertido em pecúnia. Nesta última hipótese, a inércia do Judiciário reavivaria o pensamento liberal clássico, segundo o qual não importa o exercício específico do direito, mas sim a preservação de seu valor econômico, o que se distancia do ideário perseguido pelo Estado Social.

Logo, nos parece claro que a ponderação de riscos não deve ser necessariamente feita no contexto da demanda principal. E não se diga que, pelo fato de a tutela antecipada representar adiantamento dos efeitos da tutela principal, a parte que deverá suportar esses efeitos há de conhecer a tutela definitiva. Com esse argumento, estaríamos levando a distinção conceitual entre medidas antecipatórias e cautelares ao ponto de impor tratamento processual diverso para técnicas que deveriam ser uniformemente sistematizadas pelo Código de Processo

Civil.

Essa discussão torna-se ainda mais dispensável quando se atesta que o pedido de tutela antecipada tem a mesma natureza do pedido da tutela principal. Revela-se diferente é que o pleito antecipatório talvez não alcance a mesma extensão da tutela principal, além de certamente não vir amparado com toda a exposição necessária para a tutela definitiva.

Todas essas considerações chegam a ser relativizadas por doutrina que, apegada às formas do Código de Processo Civil, é renitente em aceitar requerimento de medida antecipatória por intermédio de procedimento preparatório. Na esteira desse pensamento, Athos Gusmão Carneiro faz o seguinte alerta:

Em sede doutrinária, é motivo de controvérsia a possibilidade de deferimento de antecipação de tutela, *como* tal, anteriormente à instauração do processo. Pelo texto do art. 273, a medida antecipatória diz respeito à antecipação dos “efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, supondo-se, assim, que tal pedido já haja sido formulado em juízo. Assim, as medidas de urgência antecedentes à propositura da demanda seriam apenas as medidas cautelares, nos termos dos artigos 796 e seguintes do CPC¹⁵¹.

Novamente somos impulsionado a concluir que o império da codificação, tão marcante no Estado Liberal, ainda influencia parcela de nossa doutrina que, iludida, pretende não se vergar à força normativa da Constituição.

Além da liturgia das regras processuais, contudo, a hermenêutica constitucional põe às nossas vistas a possibilidade do uso antecedente da medida satisfativa. As formas processuais devem ser compreendidas desde o enfoque constitucional. Com essa diretriz, não nos parece que a interpretação do princípio da efetividade do processo nos conduza à conclusão de que a medida antecipatória não possa, em determinados casos, ser pleiteada em procedimento preparatório.

Dessa feita, o legislador não pode controlar as situações de perigo e, por consequência, impedir o uso antecedente da medida antecipatória. Do contrário, o Estado deixaria o indivíduo desamparado, afrontando seu direito à tutela jurisdicional efetiva.

¹⁵¹ **Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102.

O procedimento preparatório sob destaque configura meio para se tutelarem direitos fundamentais em estado de máxima urgência, cujos riscos latentes impedem o sujeito de apresentar petição inicial contendo os pormenores da querela.

Aqui se invoca a ilustração do princípio do acesso à justiça, de onde deriva o princípio da efetividade do processo. Essa luz que jorra dos princípios constitucionais orienta o jurista a adaptar as formas de modo a se possibilitar a concretização dos valores proclamados pelos direitos fundamentais. Se o Código de Processo Civil não oferece procedimento preparatório para agasalhar o pedido de antecipação de tutela, então havemos de adotar, ainda que de maneira anômala, o processo cautelar¹⁵².

A intenção é empregar por analogia forma processual constante da lei para abrigar técnica similar à medida assecuratória, no caso, para acolher o requerimento de medida satisfativa antes de ajuizada a demanda principal¹⁵³.

Com essa reflexão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em decisão de vanguarda, compreendeu que “desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC, a antecipação de tutela pode ser concedida em qualquer momento do processo, ainda que em processo cautelar preparatório de ação revisional de contrato”¹⁵⁴.

¹⁵² A doutrina expressa que “na prática, todavia, há situações em que, embora a situação de urgência exija a concessão de medida antecipada para a tutela do direito sub judice, não se dispõe ou do tempo necessário, ou dos elementos necessários para a propositura de processo principal. E são protocolados diariamente inúmeros pedidos de concessão de tutela antecipada preparatória com base no disposto no art. 798 do CPC, que concede ao juiz o poder de ‘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’”. (BAUERMANN, Desirê. Estabilização da Tutela Antecipada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, vol. VI, ano 4, jul./dez. 2010, pp. 32-48, p. 38).

¹⁵³ Enquanto não houver sistematização das medidas de urgência no Código de Processo Civil, Athos Gusmão Carneiro postula que “sejam aceitos os pedidos ‘antecedentes’ de antecipação de tutela, aplicando-se-lhes, por analogia, o procedimento e as normas relativas às ações cautelares que o CPC chama de ‘preparatórias’. [...]. Assim, sob o pressuposto da ocorrência de fatos que legalmente a justifiquem (art. 273), a antecipação de tutela poderá ser requerida no juízo que será o competente para conhecer da ação a ser proposta (art. 800), por petição que obedecerá, *mutatis mutandis*, ao disposto no art. 801, e com sujeição ao procedimento previsto no art. 802”. (**Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103).

¹⁵⁴ TJRS, Agravo de Instrumento nº 70019044064, 13ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Lúcia de Castro Boller, DJ 05/06/2008. Em outra oportunidade, o Tribunal de Justiça julgou no mesmo sentido: “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. TUTELA ANTECIPADA. DEMANDA DE FUNDO. O instituto da tutela antecipada não impede o uso da tutela cautelar preparatória à ação principal. Fungibilidade estabelecida já pelo §7º do art. 273 do CPC. Necessidade

Em nome da segurança jurídica e da necessidade de se estabelecer sistematização das tutelas de urgência, o ideal é que o Código de Processo Civil preveja formalmente a possibilidade do uso antecedente da técnica antecipatória¹⁵⁵.

Desde a instauração da demanda principal, o processo antecedente poderá ser apensado aos autos do principal. Neste, passariam a ser proferidos todos os despachos e decisões relativos à tutela de urgência, exceto na hipótese de o magistrado julgar conveniente manter o andamento do processo antecedente a fim de realizar audiência de conciliação previamente designada¹⁵⁶.

De maneira ainda mais simplificada, sugerimos que a demanda principal seja veiculada nos próprios autos em que haja sido pleiteada a medida antecipatória¹⁵⁷. É posição que enaltece a noção de economia processual. Além disso, é certo que, ainda que apensos ao processo de conhecimento, os atuais processos cautelares são constantemente esquecidos, somente lembrados quando da prolação da sentença que aprecia a demanda principal.

4.6 Estabilização da Tutela Antecipada.

O tema da estabilização da tutela antecipada está diretamente relacionado com o tópico anterior em que discorreremos acerca da eventualidade de se pleitear tutela antecipada em sede de procedimento preparatório.

de ajuizamento de demanda de fundo a discutir o direito pretendido assegurar ou antecipar. Recurso improvido. Unânime”. (TJRS, Apelação Cível nº 70015087620, 10ª Câmara Cível, Relator Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana, DJ 11/12/2006).

¹⁵⁵ Ao versar sobre as medidas de urgência requeridas em procedimento antecedente, o art. 286 do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 dispõe que: “A petição inicial da medida requerida em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão”. Anteriormente, estudos do IBDP, capitaneados por Athos Gusmão Carneiro sugeriam a seguinte redação para o que poderia ser o art. 800 do Código reformulado: “Art. 800. As medidas antecipatórias ou cautelares serão requeridas, quando incidentais, ao juiz da causa; quando antecedentes, no juízo competente para conhecer da demanda ou, sem gerar prevenção, no juízo onde ocorra o fato danoso ou onde esteja situado o bem objeto da lide ou da prova”. (Tutelas Diferenciadas e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa. In: ARMELIN, Donald (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194).

¹⁵⁶ Essa é a posição de: CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutelas Diferenciadas e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa. In: ARMELIN, Donald (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193-202.

¹⁵⁷ Caso seja sancionado o Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, esta será a tônica do futuro Código de Processo Civil.

Realmente, após defendermos o direito de a parte requerer medida satisfativa por meio de procedimento preparatório, parece-nos coerente discutir o limite temporal dos efeitos da antecipação concedida.

Embora ciente da marca da provisoriedade das tutelas de urgência, havemos de questionar se existindo antecipação dos efeitos do mérito em procedimento preparatório a parte beneficiada com a concessão da medida terá de forçosamente continuar a querela; ou seja, há de se perquirir se a parte se obriga a inaugurar rito ordinário para apreciação mais detalhada da demanda principal.

Diferentemente da medida cautelar antecedente, no caso de que cuidamos, existe provimento de mérito e não medida para amparar a utilidade do processo principal¹⁵⁸. Por isso nos soa lógico supor que, pairando consenso entre as partes acerca da manifestação judicial que chancelou o pleito antecipatório, não subsiste motivo para perpetuar a discussão entre os litigantes.

De fato pode existir situação em que, por força de procedimento antecedente, a parte obtém o bem da vida pretendido. Por conta disso, esse indivíduo demonstra falta de interesse na apreciação em definitivo do mérito, até porque o bem já pode ter sido plenamente fruído.

Também não se pode desconsiderar o fato de que a parte contra quem foi deferida a medida pode se convencer de que não dispõe de argumentos fortes o bastante para demover o julgador de seu entendimento inicial, proferido em sede de juízo de verossimilhança. Em seu íntimo, o litigante pode se encontrar persuadido de

¹⁵⁸ Ao discordar da posição segundo a qual a tutela definitiva depende de cognição plena, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que apenas a tutela que se destina a solver a controvérsia entre as partes pode se tornar definitiva, não a cautelar. Nesse sentido: “A tutela sumária definitiva tem finalidade própria, diversa das demais modalidades de tutela jurisdicional, inclusive a de cognição plena e a cautelar. O objetivo a ser alcançado com essa espécie de provimento é o de oferecer tutela imediata e efetiva, daí a sumariedade da cognição, além de estável, suscetível de colocar fim ao litígio de forma definitiva. Resultado rápido e imutável é o que se pretende com a tutela sumária de mérito. [...] Tais tutelas nada têm a ver com a cautelar, destinada a assegurar a eficácia da solução definitiva, mediante medidas urgentes e provisórias, ainda que antecipatórias de efeitos, mas nunca aptas a afastar completamente a crise no plano material. Mesmo que sua concessão implique a antecipação de eficácia do provimento final, isso somente ocorre para assegurar a efetividade e a utilidade desses efeitos, que estariam comprometidas se a antecipação não se verificasse. Mas essa providência, repito, é eminentemente provisória. A permanência dos efeitos antecipados se dará, eventualmente, por força da tutela destinada a resolver a controvérsia de uma vez por todas, restabelecendo assim o ordenamento jurídico violado e a paz social”. (**As formas diferenciadas de tutela no processo civil brasileiro**. Disponível no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP: www.direitoprocessual.org.br. Acesso em 15/03/2011).

que, mesmo lhe sendo ensejados todos os meios para a expressão da ampla defesa e do contraditório que o rito ordinário é capaz de comportar, ainda assim, não vale a pena correr o risco de arcar com todos os ônus da sucumbência.

Essa convicção da parte que sofreu os efeitos da concessão da medida antecedente se mostra ainda mais crível quando o deferimento da medida ocorreu apenas parcialmente. Na hipótese de concessão parcial, certamente, o detentor de direito questionável ponderará se compensa prolongar a lide e arcar com sacrifício maior que provavelmente advirá do acolhimento integral e definitivo do pedido da outra parte.

Nesse sentido, a figura da estabilização encerra a possibilidade de a decisão que deferiu a tutela antecipatória em procedimento antecedente continuar a produzir seus legítimos efeitos, independentemente de posterior exame definitivo do mérito da lide. Registre-se que este instituto encontra previsão no Direito Processual italiano¹⁵⁹.

Com efeito, a estabilização implica a atribuição da qualidade de coisa julgada à decisão que deferiu tutela satisfativa antecedente ao ajuizamento da demanda principal¹⁶⁰. Assim se retira da parte beneficiada pela concessão da medida antecipatória o ônus de interpelar o Judiciário tão somente para confirmar os efeitos da decisão proferida em procedimento preparatório.

¹⁵⁹ Tratando da estabilização da tutela no direito italiano, Desirê Bauermann informa que: “A opção de conceder estabilidade às medidas antecipatórias foi adotada pelo sistema processual italiano, inspirada no sistema dos referes franceses, com o intuito de afastar os males decorrentes da excessiva demora para se obter decisão definitiva da lide naquele país, bem como evitar a propositura de processos principais quando as partes estivessem satisfeitas com o provimento obtido em sede de antecipação de tutela. Para tanto se alterou o CPC no ano de 2005, dando-se nova redação aos seus artigos 669-octies e 669-novies, estabelecendo que, uma vez deferida tutela antecipada, tal decisão não perderá sua eficácia de caso não proposto o processo principal no prazo peremptório previsto por lei, adquirindo estabilidade e, por conseqüência, perdendo seu caráter instrumental/acessório. Assim, tornou-se facultativa a propositura do processo principal tanto pelo requerente como pelo requerido, que irão interpô-lo apenas se tiverem interesse na continuidade do processo para obter decisão definitiva sobre questão já apreciada sumariamente”. (Estabilização da Tutela Antecipada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, vol. VI, ano 4, jul./dez. 2010, pp. 32-48, p. 36).

¹⁶⁰ Em outro sentido, o Projeto de Lei do Senado n°166/2010, que acolhe a proposta do Novo Código de Processo Civil, estipula que: “Art. 293. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes. Parágrafo único. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no *caput*”.

Desse modo se corrige situação esdrúxula que consistiria em compelir a parte a ajuizar demanda quando já existe provimento anterior que satisfaz este litigante, independentemente de a antecipação ser total ou parcial. Imposição dessa ordem contraria exigência da demonstração do interesse de agir como condição da ação.

Em verdade, se existe alguma insurgência, esta há de ser formalizada pela parte contra quem recaiu o peso de suportar os efeitos da medida antecipatória. Para tanto se descortina a oportunidade de interposição dos recursos cabíveis, bem como o ajuizamento de ação direcionada a discutir o mérito da lide.

A grande vantagem do instituto da estabilização é deixar que, de acordo com as próprias conveniências, as partes decidam se tencionam ou não dar continuidade à querela. Por exemplo, se o demandante não se opõe à concessão meramente parcial da medida satisfativa antecedente, e o demandado se omite, deixando de recorrer dessa decisão e não ajuizando ação que propicie o magistrado conhecer o mérito por meio de cognição exauriente, então há de se respeitar o intento das partes¹⁶¹.

Do contrário, afrontaríamos o escopo de pacificação social do processo. Fomentaríamos a perpetuação de embate que já poderia ter sido apaziguado. Em

¹⁶¹ Esse propósito constou na exposição dos motivos de Anteprojeto de Lei de Estabilização da Tutela Antecipada, elaborado por comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Tal comissão era composta pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni. De acordo com os termos da mencionada exposição de motivos, “a proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. Não importa se se trata de antecipação total ou parcial. O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico – é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito. Se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isso claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a demanda que vise à sentença de mérito (em se tratando de antecipação em procedimento antecedente) ou em não requerer o prosseguimento do processo (quando a antecipação é concedida no curso deste), tem-se por solucionado o conflito existente entre as partes, ficando coberta pela coisa julgada a decisão antecipatória, observados os seus limites”. O mencionado Anteprojeto foi convertido no Projeto de Lei nº 186/2005, todavia o mesmo arquivado pelo Senado Federal em 2007, por força do art. 332 do Regimento Interno desta Casa Legislativa, precisamente pelo fato de o Projeto ainda se encontrar em tramitação quando do final da respectiva legislatura. Ou seja, o motivo do arquivamento não se relacionou a questões de conteúdo, mas decorreu de motivo formal (não atendimento do prazo-limite para tramitação do Projeto de Lei no Senado Federal), de modo que não houve nenhuma rejeição expressa à figura da estabilização da tutela antecipada.

tais situações, resta claro que a imposição do ajuizamento de ação sob rito ordinário, seja pelo autor, seja pelo réu, compromete as ideias de tutela célere, adequada, voltada para resultados práticos e conforme aos anseios sociais.

Esse raciocínio se sustenta, mesmo que se preservem os efeitos da tutela antecipatória outrora deferida após iniciado o procedimento ordinário. Decisivamente não se apresentam razões para se buscar uma pretensa tutela definitiva, quando a tutela sob juízo de verossimilhança está igualmente apta a solver a discussão entre os litigantes.

Malgrado nossa observação, deve-se destacar posicionamento segundo o qual se admite a concessão de tutela antecipada antes da instauração do processo principal, porém a parte beneficiada com a concessão da medida há de interpor a demanda principal até determinado prazo¹⁶².

Adota-se procedimento idêntico ao preconizado para as medidas cautelares preparatórias (arts. 806 e 808, I, do Código de Processo Civil), caso em que a demanda principal deve ser ajuizada no prazo máximo de 30 dias, sob pena da perda de eficácia da medida de urgência. O fundamento para esse raciocínio é o de que o adversário não pode suportar indefinidamente os efeitos da decisão, sem possibilidade de se opor. As medidas de urgência equilibram entre as partes os ônus decorrentes dos males do tempo sobre o direito. Por outro lado, não se pode conferir à parte beneficiada pelo deferimento da tutela antecipada antecedente a prerrogativa de escolher o momento para inaugurar a discussão acerca da demanda principal¹⁶³.

¹⁶² A título de ilustração, registramos que o Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, que acolhe a proposta do Novo Código de Processo Civil, somente impõe à parte beneficiada pela concessão da medida a obrigação de ajuizar a demanda principal no prazo de 30 dias caso haja impugnação da medida liminar pela parte contrária, sob pena de perda de eficácia da tutela antecipatória. Também haverá perda da eficácia na hipótese de a medida antecipatória não for efetivada no prazo de um mês. Entendemos que apenas haverá coerência nesta última hipótese se pairar alguma tarefa que possa ser atribuída à parte beneficiada, no que diz respeito à concretização da medida de urgência. Do contrário, a lei iria apenas o sujeito que nada poderia fazer para implementar a tutela.

¹⁶³ De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, “[...], as antecipações de tutela são ordinariamente invasivas do patrimônio do demandado, tanto que elas não se destinam a dar apoio a um processo mas a oferecer ao demandante alguma situação mais cômoda que aquela que ele vem a juízo lamentar – e, na medida em que elas oferecem a alguém a posse ou fruição de algum bem ou situação mais favorável, ao adversário se impõe a privação desse bem ou a piora de uma situação antes desfrutada. Daí por que, com vista a impedir que o demandante seja juiz absoluto do tempo que esse sacrifício durará, é de rigor limitar a trinta dias a eficácia das medidas antecipatórias concedidas antes da propositura da demanda principal, extinguindo-se essa eficácia se tal demanda não vier a ser proposta no prazo”. (**Nova Era do Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 85).

Obviamente não defendemos essa situação manifestamente arbitrária. É razoável não se atribuir unicamente ao indivíduo destinatário do bem da vida a prerrogativa de escolher o melhor instante para discutir os termos da tutela de urgência e, principalmente, o mérito definitivo da lide.

Nosso ponto de vista, no entanto, não quer dizer que necessariamente compete ao beneficiado pelo deferimento do pleito antecipatório antecedente o dever de ajuizar demanda principal. Foge de nossa compreensão impor ao indivíduo essa obrigação, quando a decisão acerca da tutela de urgência lhe satisfaz plenamente. Parece-nos que o ônus incumbe a quem se sentiu lesado, no caso, a parte contrária¹⁶⁴.

O fato é que a estabilização da tutela antecipada revê posição tradicional de que apenas as decisões exaradas com base em cognição exauriente podem se revestir da característica da imutabilidade, absoluta ou relativa. Sob essa perspectiva, deixa-se de lado a noção de juízo de certeza para ofertar a citada imutabilidade às decisões judiciais. Aliás, essa busca da verdade incontestada é falsamente alardeada pela perspectiva liberal de defesa resoluta da segurança jurídica.

Diferentemente, o entendimento que sustenta a estabilização da tutela antecipada preparatória privilegia o princípio da efetividade do processo¹⁶⁵. Outorga-se ao juízo de verossimilhança a capacidade de produzir decisão apta a ensejar

¹⁶⁴ Por isso, concordamos com a proposta de reformulação legislativa de Athos Gusmão Carneiro, especificamente no que diz respeito à estabilização da tutela antecipada. Para esse autor, uma vez não impugnado o pleito de antecipação de tutela, e preclusa a decisão que acolheu a medida antecipatória antecedente, então se abriria o prazo de 60 dias: a) para o réu, propor ação que visasse ao julgamento da lide; b) para o autor, na hipótese de acolhimento parcial do pleito antecipatório, propor ação que se destinasse à satisfação integral de sua pretensão. Somente na hipótese de não ser proposta essa ação, seja pelo réu, seja pelo autor, e desde que não tenha havido citação ficta, é que a decisão concessiva da tutela antecipada passaria a se acobertar pelo manto da coisa julgada. (Tutelas Diferenciadas e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa. In: ARMELIN, Donald (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 201).

¹⁶⁵ Isto porque "atribuir às decisões de verossimilhança a estabilidade da coisa julgada não é outra coisa senão realizar uma opção que, reduzindo a amplitude que o paradigma da ordinariedade outorgou ao valor segurança, prestigia a efetividade e busca reduzir o tempo de tramitação dos processos. Se isso é o que se deseja e se esse passo está devidamente dimensionado é questão complexa a merecer ampla reflexão". (FLACH, Daisson. Estabilidade e Controle das Decisões Fundadas em Verossimilhança: elementos para uma oportuna reescrita. In: ARMELIN, Donald (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 300).

efeitos permanentes, igualmente à decisão guiada por cognição exauriente. No caso, defendemos a ideia de que tais efeitos sejam protegidos pelo manto da coisa julgada formal¹⁶⁶, de modo a permitir o exercício de ação ordinária pela parte inconformada com a decisão, enquanto não prescrita a pretensão do interessado.

Dessa feita, não se impõe à parte que não tem qualquer intenção em continuar a demanda, ou seja, que não tem qualquer interesse em ajuizar pedido para apreciação definitiva da lide, o ônus de movimentar mais uma vez o Judiciário, com o único propósito de ver cancelados os termos da decisão anterior.

Logo, a estabilização nos leva à conclusão de que a característica da provisoriedade das tutelas de urgência pode ser afastada, pelo menos no que diz respeito à tutela antecipada.

Ressaltamos que não há qualquer ofensa aos postulados da ampla defesa e do contraditório pelo fato de a lei permitir a formação de coisa julgada a partir do provimento da tutela antecipada. Há todo o cuidado no sentido de somente permitir a estabilização na hipótese de inércia do réu, que, mesmo cientificado, não impugna o pedido liminar, não recorre da decisão que acolhe a medida antecipatória e, por fim, não interpõe ação sob rito ordinário¹⁶⁷.

Em verdade, a figura da estabilização denota ser demasiadamente prudente, dependendo sua concretização da inércia reiterada da parte inconformada. De fato, se a estabilização ocorrer não é em virtude da redução desarrazoada das possibilidades de insurgência, mas sim porque não houve qualquer interesse das partes em perpetuar a lide, evidenciando, assim, manifestação implícita de vontade dos litigantes em solucionar imediatamente a querela.

¹⁶⁶ Coisa julgada formal possui feição endoprocessual, representando a imutabilidade da decisão apenas a impossibilidade de se rediscutir a questão dentro do mesmo processo. Já a coisa julgada material tem natureza extraprocessual, implicando a impossibilidade de se discutir a sentença judicial em qualquer processo.

¹⁶⁷ José Roberto dos Santos Bedaque exprime que “essa adequação da tutela sumária e definitiva ao devido processo constitucional só pode ser aceita se a definitividade do pronunciamento decorrer da omissão da parte interessada. Ou seja, o contraditório pleno e a cognição exauriente são regras inerentes ao sistema, que não podem ser eliminados, sob pena de violação de princípios constitucionais do processo. O que se admite é a antecipação do pronunciamento, que poderá adquirir a qualidade da coisa julgada somente se as partes não se interessarem pela continuação ou pelo início do processo cognitivo pleno”. (**As formas diferenciadas de tutela no processo civil brasileiro**. Disponível no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP: <www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em 15/03/2011).

Verifica-se que essa ideia de estabilização da tutela antecipada, ou, mais precisamente, de cognição sumária definitiva, não se mostra algo absolutamente novo em nosso Direito Processual. Isto porque há notáveis semelhanças entre a referida estabilização e a figura da tutela monitoria.

O processo monitorio (arts. 1.102a, 1.102b e 1.102c do Código de Processo Civil) é aquele em que o detentor de documento hábil a atestar a existência de crédito, embora sem força de título executivo, ingressa em Juízo para obter do Judiciário provimento imediato, consubstanciado em mandado para pagamento da quantia devida ou para entrega da coisa. O magistrado, sem ouvir o réu, emite o referido mandado que se convolará no título executivo almejado pelo autor, iniciando-se os atos executórios. Esse título, porém, somente se formará caso o mandado não seja impugnado ou haja rejeição aos embargos opostos pelo promovido¹⁶⁸.

Concluimos que o procedimento monitorio e a estabilização do pleito antecipatório antecedente encerram técnicas jurisdicionais diferenciadas, guiadas por cognição sumária definitiva, cujas tutelas se obtêm *secundum eventum defensionis*.

Tratam-se de mecanismos que respeitam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, mas também estimam o princípio da efetividade do processo.

Quanto às citadas garantias do princípio do devido processo legal, assinalamos que a estabilização não poderá ocorrer nas hipóteses de citação ficta (edital, hora certa). De forma semelhante, a doutrina enaltece essa limitação para que se obtenha a tutela monitoria, mesmo que o Código de Processo Civil não imponha tal restrição. Argumenta-se que tutela derivada da omissão da parte contra

¹⁶⁸ Juvêncio Vasconcelos Viana explica que: “O procedimento monitorio ou, como é chamado em outros países, ‘procedimento de injunção’ – ambas adjetivações, aliás, indicativas de ordem, mandamento, imposição – foi inserido no Livro ‘Dos procedimentos especiais’ do código, consistindo, em apertada síntese, no seguinte: a) apresentação ao juiz de uma inicial instruída com *prova escrita*; b) o juiz, em *sumaria cognitio*, emitirá, sem ouvida da parte contrária, um mandado ao devedor, determinando que esse pague quantia certa ou entregue coisa ao credor, podendo ainda oferecer embargos; c) permanecendo o réu inerte ou, opostos os embargos, sendo esses rejeitados, obtém-se um ‘título executivo judicial’; d) depois, prosseguirá o rito valendo-se do trato dos procedimentos de execução (por quantia certa ou entrega de coisa)”. (**Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 278).

quem recai a medida há de se legitimar mediante o oferecimento de prévia e real possibilidade dessa parte se insurgir¹⁶⁹.

Em relação ao princípio da efetividade do processo, reiteramos que a estabilização e a técnica monitória não impõem ao litigante o suplício de percorrer todo o processo de conhecimento, orientado por cognição exauriente, para obter provimento de mérito acobertado pela coisa julgada, principalmente quando a parte contrária demonstra, ainda que com sua inércia, não ter interesse na continuação da disputa, sendo certo que o silêncio é expressão eloquente de vontade no ordenamento jurídico.

Por outro lado, a inércia esperada pela parte, para fins de formação da coisa julgada da medida antecipatória antecedente, é muito maior do que a omissão prevista para o promovido dar ensejo à formação do título monitório. Neste, a omissão do réu limita-se à falta de pagamento da quantia ou entrega da coisa, bem como a inexistência de oposição de embargos. Sequer se considera omissão do litigante a falta de manejo de recurso contra a ordem que deferiu liminarmente o mandado monitório. Ao contrário, a estabilização demanda a preclusão do direito de recorrer da decisão que acolheu a medida antecipatória. Em relação à monitória, não existe, de acordo com a redação do atual art. 1.102c do Código de Processo Civil, interesse recursal na interposição de tal recurso, pois a única forma de insurgência do réu contra o mandado monitório é a oposição de embargos¹⁷⁰.

4.7 Ampla Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência.

Após constatar que os pontos de contato entre as tutelas de urgência são muito mais expressivos do que suas diferenças conceituais, o legislador reformista incluiu novo parágrafo ao art. 273 do Código de Processo Civil, pela Lei nº 10.444/02.

Por força deste acréscimo ao dispositivo nuclear da tutela antecipada, restou expressamente consagrada a fungibilidade entre as medidas de urgência. Em termos exatos, o §7º do art. 273 estabeleceu que, “se o autor, a título de antecipação

¹⁶⁹ Ibidem, p. 285.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 287.

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”.

A leitura que fazemos dessa previsão legal da fungibilidade é a de que o legislador plantou no Código de Processo Civil semente que acreditamos não tardará a desabrochar. O Código deixa entrever inclinação em considerar desnecessária a autonomia do processo cautelar, sobretudo na hipótese de requerimento incidental da medida conservativa¹⁷¹.

Aliás, essa propensão do Código se alinha às nossas considerações anteriores acerca da necessidade de tratar as medidas cautelares como incidentes nos processos de cognição e de execução, estes sim dignos de autonomia.

De fato, percebe-se que a inexistência de processo independente para abrigar as medidas cautelares não constitui empecilho para sua concessão. Mostra-se que a autonomia concebida no Livro III do Código de Processo Civil não passa de simples formalismo, que há de ser afastado em conformidade com o princípio da efetividade do processo, cuja compreensão passa pela ideia de instrumentalidade.

Essa constatação sustenta-se, ainda que a concessão de medida cautelar, nos mesmos autos do processo principal, seja para corrigir eventual escolha errada do jurisdicionado, nos termos do art. 273, §7º; ou seja, para corrigir opção da parte

¹⁷¹ Ainda que de forma cautelosa, Edson Ribas Malachini vislumbra no art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, a possibilidade de se abandonar a regência peculiar das medidas cautelares: “Também não se pode entender que esse dispositivo se constitui numa autorização para, desde logo, se abandonar de vez o Livro III do Código de Processo Civil, relativo ao ‘Processo Cautelar’, para de modo muito mais simples e cômodo para os requerentes das *medidas cautelares*, serem elas requeridas na própria petição inicial da ação principal, ou mediante mera petição avulsa apresentada no curso do mesmo processo (e nos mesmos autos).[...] Há, sem dúvida, uma tendência para isso, já assinalada pela doutrina. Achamos, mesmo, que essa será uma tendência irreversível; o novo dispositivo é um verdadeiro ‘cavalo de Troia’ para o sistema do Livro III do Código; foi uma cunha introduzida em fenda desse sistema – que peca por ser excessivamente complicado, oneroso, ‘burocrático’ e até não funcional: os juízes dão ou negam as cautelares liminares e, depois, se não as revogam com a contestação do requerido, esquecem-se do respectivo processo (cujos autos ficam meramente apensados aos do principal), fazendo referência à liminar concedida apenas na sentença que julga a demanda principal, para revogá-la, mantê-la ou considerá-la absorvida na providência definitiva determinada na mesma sentença; são raras as sentenças proferidas no próprio ‘processo cautelar’.[...] Enquanto isso, temos de contentar-nos com esse caráter excepcional da regra aqui analisada, que, a nosso ver, foi o *primeiro passo* no sentido da simplificação da forma do pedido e da concessão de *medidas cautelares* incidentais”. (A Fungibilidade das Tutelas Antecipatória e Cautelar (CPC, Art. 273, §7º). In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, p. 414-425, 2010, p. 419-420).

que não atentou para o purismo conceitual que distingue as medidas de urgência, pleiteando a título de antecipação de tutela verdadeira medida acautelatória.

De maneira mais incisiva, percebemos que a mencionada fungibilidade denuncia tendência de unificação sistemática das medidas de urgência. Como acentuamos, trata-se de uma expectativa, de um porvir, pois atualmente a legislação se debruça sobre critérios acadêmicos para atribuir procedimento próprio a cada espécie de medida de urgência.

Ao mesmo tempo em que se abre o caminho da unificação, o citado art. 273, §7º, preserva a distinção conceitual entre as técnicas. Afinal de contas, a lógica da fungibilidade pressupõe a ideia de que “somente coisas distintas podem ser confundidas”.¹⁷²

Caso essa propensão em integrar os procedimentos das medidas de urgência venha a se confirmar, certamente serão evitadas disputas calcadas em preciosismos formais acerca da reta especificação da espécie de técnica de urgência¹⁷³.

No futuro, acreditamos que sequer seja necessário dispositivo expresso concebendo a fungibilidade entre as medidas de urgência. Isto porque no plano prático seria absolutamente inútil cogitar na natureza da medida, se satisfativa ou não. Achamos que o procedimento formalmente existente para as técnicas de urgência será o mesmo, inclusive os requisitos exigidos para a concessão dessas medidas, sendo prescindível qualquer menção à fungibilidade¹⁷⁴.

Em verdade, defendemos a posição de que, diante do panorama atual do Código de Processo Civil, e até mesmo antes da previsão explícita constante do art.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 130.

¹⁷³ Conforme Cândido Rangel Dinamarco, “a unificação sistemática das tutelas de urgência exclui a utilidade prática de indagações acerca da natureza de certas medidas a que alguns atribuem natureza cautelar e outros, antecipatória. Inseridas no contexto das medidas de urgência, sem a preocupação por investigar em qual espécie se contêm, dispensam-se os requintes da precisão conceitual. A idéia da unidade, forte em si mesma, foi capaz de sensibilizar o legislador reformista, que em 2001 incluiu no Código de Processo Civil a regra da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias (...)”. (**Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 183).

¹⁷⁴ É o que se pode depreender da leitura do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, que acolhe a proposta do Novo Código de Processo Civil.

273, §7º, do Código, já seria possível a plena fungibilidade entre as medidas de urgência. Consideramos a fungibilidade “como inerente ao sistema processual”¹⁷⁵.

Evidentemente, não sustentamos esse posicionamento desde uma perspectiva estritamente legalista, todavia o fazemos com supedâneo na nova hermenêutica constitucional.

Sabemos que as normas infraconstitucionais retiram seu fundamento de validade da Constituição, de maneira que a estrutura modular das regras, baseada na subsunção fato-norma, deve ser interpretada à luz do mecanismo aberto dos princípios constitucionais. Estes lançam sobre o ordenamento jurídico os valores que deverão orientar o sentido e aplicação das normas.

No caso das medidas de urgência, já assinalamos que estas se legitimam com peanha no princípio do acesso à justiça, mais especificamente com encosto no princípio da efetividade do processo. Não há por que, então, se indeferir uma medida de urgência, simplesmente pelo fato de o jurisdicionado ter pecado na distinção conceitual de suas espécies. Em tese, ambas as medidas se mostram instrumentos céleres, adequados, além de aptas a produzir resultados práticos, desde que se amoldem às peculiaridades da relação de direito material e aos anseios sociais.

Diante de características tão similares entre essas técnicas, cremos que se ater a preciosismos formais no exame da concessão ou não de tais medidas significa retornar à fase autonomista do processo. Demonstra indiferença à ideia de instrumentalidade, prestigiando um pensamento servil às formas, ao passo que direitos fundamentais são postos em situação de risco. Raciocinar dessa maneira é desconsiderar o modelo constitucional de processo civil.

A par das discussões conceituais, há a necessidade de se tutelarem direitos fundamentais em situações em que o fator tempo pode malferir interesses legítimos dos postulantes, ou inviabilizar a utilidade e justiça do processo. Por isso, afastamos a possibilidade de inadequação procedimental no caso de o cidadão postular medida

¹⁷⁵BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 389.

satisfativa em vez de cautelar, ou vice-versa¹⁷⁶.

O fato é que foi necessária, porém, previsão expressa da fungibilidade para que, na prática, se pudessem ceifar, pelo menos em parte¹⁷⁷, as apreciações judiciais das tutelas de urgência sob a égide das etiquetas.

Antes disso, levou-se a classificação das tutelas de urgência às últimas conseqüências. Consoante destacamos, se passou a indeferir uma medida antecipatória ou cautelar tão somente com base na alegação de que a parte interessada não se desincumbiu de fazer a indicação adequada da técnica de urgência¹⁷⁸.

Vislumbramos na redação do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, explicitação do que já apontamos como algo decorrente do próprio sistema processual, qual seja: a plena fungibilidade entre as medidas de urgência.

Quando nos referimos à expressão “plena fungibilidade”, alertamos para o fato de que tanto faz o *nomen iuris* que a parte outorgue à medida de urgência que pleiteia. Basta a indicação da probabilidade do direito e da ameaça de dano irreparável ou de reparação difícil¹⁷⁹. O magistrado se encarregará de verificar a presença desses requisitos à luz do princípio da efetividade do processo, e não sob o fundamento de critérios puramente conceituais ligados à distinção entre

¹⁷⁶ Araken de Assis assevera que “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 natureza da medida é duvidosa, sugerindo ao órgão judiciário extrema prudência ao aplicar distinções doutrinárias, fundamentalmente corretas, mas desprovidas de efeitos tão rígidos. (Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, n. 100, p. 33-60, out/dez 2000, p.52).

¹⁷⁷ Falamos “em parte” porque nem sempre doutrina e jurisprudência adotam a fungibilidade em sentido amplo, notadamente quando se pleiteia medida cautelar, quando na verdade o requerimento encerra verdadeira antecipação de tutela.

¹⁷⁸ Com o mesmo pensamento, José Roberto dos Santos Bedaque assinala: “Com relação à tutela antecipada, parece-me que a doutrina, especialmente no Brasil, preocupou-se demais com o aspecto processual do fenômeno. A suposta diferença entre essa providência e a tutela cautelar passou a ser nosso tema preferido. A polêmica acabou gerando efeitos danosos ao sistema processual, pois exacerbou o formalismo. Tutelas de urgência foram e são denegadas, apenas com fundamento no equívoco quanto à adequação da medida e ao procedimento. Para acabar com a controvérsia inútil, foi necessária previsão expressa sobre a fungibilidade entre as medidas de urgência (CPC, art. 273, §7º)”. (**Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 159).

¹⁷⁹ O Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, que acolhe a proposta do Novo Código de Processo Civil, estabelece que tais requisitos são exigidos para ambas as espécies de tutelas de urgência.

antecipação de tutela e cautelar.

Portanto, a fungibilidade a que fazemos referência aponta para a troca do pleito antecipatório da tutela por cautelar; da mesma forma, a permuta de medida assecuratória por satisfativa.

Em defesa de uma interpretação em sentido amplo do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, vale registrar a doutrina de José Roberto dos Santos Bedaque:

Embora o legislador refira-se somente à possibilidade de substituição da tutela antecipada por cautelar, não pode haver dúvida de que a fungibilidade opera nas duas direções, sendo possível conceder tutela antecipada em lugar de cautelar. Também é preciso deixar claro que a fungibilidade não está limitada apenas a problemas terminológicos. A adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final. Nada obsta, portanto, que, diante de pedido de antecipação de efeitos, o juiz defira tutela meramente conservativa e vice-versa. Esse duplo sentido vetorial entre as medidas urgentes sequer necessitaria estar previsto em lei, pois decorre da própria lógica do sistema das tutelas provisórias e instrumentais¹⁸⁰.

Da forma como hoje se encontram os procedimentos das medidas de urgência, diferenciados em vários aspectos (notadamente em temas como concessão de ofício, autonomia do processo e requerimento antecedente), a noção de fungibilidade de mão dupla se apresenta deveras salutar.

A propósito, a fungibilidade somente tem utilidade se acompanhada do temperamento aos rigores procedimentais.

Do contrário, seria impossível a concessão de tutela antecipada quando a parte erroneamente requeresse medida cautelar. Essa afirmação se apoiaria no argumento de que a técnica antecipatória não poderia ser empregada de ofício pelo magistrado¹⁸¹.

¹⁸⁰ **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 388-389.

¹⁸¹ Aliás, a impossibilidade de concessão de ofício da medida cautelar parece ser obstáculo intransponível para parte da doutrina que não compreende a fungibilidade em perspectiva ampla, mas apenas no sentido antecipação de tutela - cautelar. Com essa observação, Maria Rita de Carvalho Melo informa que: "Todavia, ainda existe discussão doutrinária, no sentido de saber se o inverso é permitido, ou seja, a concessão de tutela antecipada em processo cautelar (ou pedido de tutela antecipada, em se tratando de providência cautelar típica). Em outras palavras, é consenso que a tutela antecipada pode tanto adiantar efeitos da decisão definitiva de mérito quanto oferecer tutelas

Ainda que se ultrapassasse esse obstáculo, poder-se-ia levantar outra circunstância impeditiva na hipótese da mencionada cautelar ter sido interposta em caráter antecedente: o fato de não existir procedimento preparatório para as medidas satisfativas.

Por isso, como forma de alicerçar a ideia de fungibilidade, a interpretação flexível dos procedimentos das medidas de urgência é de suma importância, principalmente quando sabemos que, em certos casos, não se tem posição firme a respeito de qual procedimento será adotado, justamente porque não se conhece qual tipo de técnica a empregar.

Mesmo que, a todo custo, seja para fazer valer a força positiva do Código de Processo Civil, implicando todas as distinções procedimentais outrora citadas, com o que, por sinal, não concordamos, primeiro há de se identificar qual a natureza da medida que se roga em juízo; ou seja, deve-se perquirir se, no caso concreto, se emprega técnica cautelar ou antecipatória a fim de atribuir a cada medida de urgência seu respectivo procedimento.

Ocorre que ainda persistem casos de indefinição conceitual, de modo que juristas continuam a debater se determinado pleito tem natureza satisfativa ou não. Por força dessa incerteza, e caso não houvesse a solução alternativa da fungibilidade, o jurisdicionado poderia ser prejudicado, aprisionado aos grilhões das formas processuais.

Exemplo manifesto disso é o caso da medida provisional para determinar o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal. Embora essa medida seja considerada formalmente cautelar pelo Código de Processo Civil, sendo até mesmo indicada como uma cautelar nominada (art. 888, VI), Ovídio Baptista assevera tratar-se de medida antecipatória¹⁸².

de efeito cautelar (se presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*). Porém parte de autores de renome ainda entende que o contrário não é possível, ou seja, que é proibido conceder a tutela antecipada em procedimento cautelar, sob pena de contrariar previsão legal expressa determinando a forma de obter essa medida, uma vez que 'em havendo um regramento específico o descumprimento deste determina a violação ao princípio do devido processo legal'. (**Aspectos Atuais da Tutela Antecipada**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 57).

¹⁸² Na precisa lição de Ovídio Baptista: "A provisional de separação de corpos não é cautelar. É simples *medida antecipatória* da provável sentença favorável a ser proferida na ação matrimonial. Entendimento contrário tem prevalecido no Direito brasileiro, sob a influência das doutrinas de

Provavelmente o Código de Processo Civil reservou à medida de separação de corpos o *locus* das medidas cautelares específicas sob o argumento de que essa separação deveria ser entendida do ponto de vista físico. A doutrina aponta, no entanto, que o objetivo da medida sob comento é precisamente o de promover a separação jurídica dos cônjuges, o que importará na provável, mas não necessária suspensão da coabitação. Reforça essa conclusão o fato de ser “admissível a concessão de alvará de separação de corpos ainda que os cônjuges permaneçam habitando o mesmo prédio, sem convivência conjugal”¹⁸³.

Com isso, a pretensa medida cautelar de separação de corpos busca a cessação temporária dos efeitos jurídicos da relação conjugal. Então essa medida procura adiantar provisoriamente aquilo que poderá ser concedido em definitivo na sentença que julga o mérito da ação de separação judicial (ou de nulidade do casamento). Pensando assim, não estamos diante de uma medida cautelar, mas sim de antecipação de tutela¹⁸⁴.

Apesar dessas considerações, o Superior Tribunal de Justiça considera a medida estampada no art. 888, VI, do Código de Processo Civil como cautelar¹⁸⁵. Isso significa, por exemplo, que se o jurisdicionado a requerer mediante simples petição nos autos de ação de nulidade de casamento, então o juiz, aplicando o Livro III do Código, irá desconsiderar esse pleito.

Podemos também mencionar a hipótese da sustação de protesto. Tradicionalmente considerada como medida cautelar inominada, referida medida

Chioyenda, Calamandrei e Carnelutti, a que dão adesão mais recente Sapienza (*I Provvedimenti d'Urgenza*, 60) e Calvosa (*La Tutela Cautelare*, 342 e segs.), conforme dissemos noutra lugar (*A Ação Cautelar Inominada*, cit. §15). Liebman, porém, com grande lucidez, separa os ‘provimentos interinais’ dos cautelares, mostrando que os primeiros são atos do processo em que são proferidos, enquanto os cautelares fazem parte da lide cautelar (*Manuale di Diritto Processuale Civile*, 4. ed., 1980, vol. I, p. 196)”. (DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Do Processo Cautelar**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 590-591).

¹⁸³ Ibidem, p. 590.

¹⁸⁴ Há quem considere a medida de afastamento temporário, prevista no art. 888, VI, do Código de Processo Civil, do ponto de vista meramente físico. Mesmo assim, afirma-se sua natureza satisfativa, pois, nesse caso, a separação física do casal não deixaria de ser um adiantamento daquilo que poderia ser obtido através de medida mais ampla, no caso a ação judicial de separação. Nesse sentido: MALACHINI, Edson Ribas. A Fungibilidade das Tutelas Antecipatória e Cautelar (CPC, Art. 273, §7º). In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**. São Paulo: Saraiva, p. 414-425, 2010, p. 418-419.

¹⁸⁵ São inúmeros os julgados do Superior Tribunal de Justiça que afirmam a cautelaridade da medida de afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal. Por exemplo: STJ, REsp 726879/MG, Terceira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 18/12/2006, p. 371.

passou a ser qualificada pela doutrina como antecipação de tutela. Isto decorre da circunstância de que a suspensão provisória dos efeitos do protesto corresponde, exceto pela falta de definitividade, aos mesmos efeitos que podem advir da sentença que decretar a nulidade do crédito¹⁸⁶.

Mesmo assim, não são poucas as decisões do Superior Tribunal de Justiça que consideram a natureza cautelar da sustação de protesto¹⁸⁷.

Para ilustrar ainda mais essa indefinição conceitual, citamos o caso dos alimentos provisionais. Conquanto o tratamento cautelar ofertado pelo Código de Processo Civil aos pedidos de alimentos provisionais, consoante os arts. 852 a 854 do Código, a doutrina entende estar diante de verdadeira medida antecipatória¹⁸⁸.

Por isso a fungibilidade entendida em sentido irrestrito evitará distorções no emprego da tutela antecipada e da cautelar. Reiteramos que há de ser feito, em paralelo, trabalho de flexibilização dos procedimentos das medidas de urgência, pelo menos enquanto o legislador reformista não alterar os termos do Código de Processo Civil para instituir procedimentos similares para as técnicas de urgência. Quando chegarmos a este momento, assim esperamos, então sequer será necessária alusão a regra referente à fungibilidade, sendo esta mera consequência lógica do sistema processual adotado.

A despeito da razoabilidade da interpretação do art. 273, §7º, CPC, segundo a qual se franqueia a fungibilidade recíproca entre as medidas de urgência, este

¹⁸⁶ Com esse pensamento: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 391; MALACHINI, Edson Ribas. A Fungibilidade das Tutelas Antecipatória e Cautelar (CPC, Art. 273, §7º). In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, p. 414-425, 2010, p. 418.

¹⁸⁷ Vejamos, por exemplo, o seguinte pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, revelando que o objeto da sustação de protesto não corresponde exatamente ao objeto da ação que visa à decretação de nulidade do título: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. VALOR DA CAUSA. DISTINÇÃO. I. Nos termos da jurisprudência do STJ, o valor da causa na ação cautelar de protesto não corresponde, necessariamente, ao valor do título discutido na ação principal, que objetiva a decretação de nulidade do título, eis que os objetos de cada feito são distintos, não guardando identidade econômica. Precedentes.II. Recurso especial não conhecido". (REsp 865446/MT, Quarta Turma, Ministro Aldir Passarinho Junior, Dj 17/12/2010). No mesmo sentido: STJ, AgRg no Ag 1336601/PR, Terceira Turma, Relator Ministro Massami Uyeda, Dj 15/02/2011; STJ, AgRg no Ag 1238302/MG, Quarta Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 01/02/2011.

¹⁸⁸ Por exemplo: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 11.

entendimento não é unânime¹⁸⁹. Realmente alguns juristas, adeptos ferrenhos dos cânones hermenêuticos clássicos, se valem de interpretação absolutamente literal do referido dispositivo. Com isso, tais juristas consideram tão somente a chamada fungibilidade regressiva (pede-se a antecipação de tutela, mas o magistrado concede a cautelar), afastando a fungibilidade progressiva (pleiteia-se cautelar, porém o juiz defere medida antecipatória)¹⁹⁰.

Para corroborar esta afirmação, vejamos o magistério de Teori Albino Zavascki, para quem a fungibilidade tem direção única. Para o autor, somente se permitiria a troca do pleito antecipatório por cautelar, não deixando de enfatizar também que as medidas de urgência seriam técnicas bem distintas, logo, lhes deveria ser dispensado tratamento processual diferente:

Com efeito, a “fungibilidade” estabelecida nesse parágrafo tem mão única: diz respeito à medida cautelar, que pode ser deferida em caráter incidental. Não autoriza, todavia, o contrário, ou seja, que a medida antecipatória possa ser requerida, como a cautelar, por ação autônoma. Se assim fosse entendido, estar-se-ia atentando contra a lógica do sistema atual, um dos principais avanços trazidos pelo movimento reformador do sistema, que é a de concentrar em uma única relação processual, tanto quanto possível, toda a atividade jurisdicional.

Bem se vê, com isso, que a inovação introduzida no sistema não eliminou o significado da distinção entre medidas cautelares e antecipatórias. O tema continua atual. Antes da reforma de 1994, a pergunta que se fazia era se as medidas antecipatórias podiam ser consideradas medidas cautelares e, assim, ser incluídas no poder geral de cautela do art. 798 (CPC). Após a reforma, a indagação cabível é outra: a de como identificar as medidas sujeitas ao regime do processo cautelar e as subordinadas ao regime do art. 273. O antigo questionamento continua aceso, deslocado tão-somente o seu enfoque: a razão de distingui-las está em que cada uma das espécies de tutela provisória tem regime próprio, inconfundível e, ressalvada a hipótese do §7º do art. 273, “infungível”, insuscetível de substituição pelo

¹⁸⁹ Vale registrar os diferentes posicionamentos a respeito da fungibilidade das tutelas de urgência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Enquanto alguns ressaltam que a reversibilidade plena viola o art. 273 do CPC (REsp nº 766.236/PR), a exemplo do então Ministro do STJ Luiz Fux, hoje ocupando assento no Supremo Tribunal Federal, outros capitaneados pela Ministra Nancy Andrighi, sustentam ampla fungibilidade, progressiva e regressiva (REsp nº 653.381/RJ).

¹⁹⁰ Entendemos que essa ideia de fungibilidade regressiva e progressiva está relacionada ao argumento de que os requisitos da tutela antecipada contêm exigência maior do que os condicionamentos da cautelar. Com esse posicionamento, Arruda Alvim assevera que “em conformidade com o que decorre da lei, e do entendimento assente, os requisitos da antecipação da tutela – ainda que em substância possam ser coincidentes – expressam exigência maior da lei comparativamente com a medida cautelar. Com isto significou o legislador que, pedindo-se o mais o juiz poderá vir a conceder o menos. Mas não inversamente”. (Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, n. 108, p. 106-114, out./dez. 2002, p. 110).

regime da outra¹⁹¹.

Em face dessas divergências de posicionamento, o debate acerca da fungibilidade entre as medidas de urgência continua atual. Com relação a esse assunto, o magistrado tem papel essencial na árdua missão de elevar a compreensão das medidas de urgência para além de uma perspectiva puramente literal do Código de Processo Civil.

Enquanto não for instituída a sistematização das técnicas de urgência, defendemos a noção de que o juiz analise o art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, de forma a retirar do texto desta regra interpretação conforme as diretrizes do princípio da efetividade do processo. Essa exegese certamente apontará para a fungibilidade recíproca entre as medidas de urgência.

Com efeito, o que importa é extrair das regras processuais interpretação que privilegie a tutela de direitos, sobretudo a tutela de direitos postos em situação de risco. Como vimos, a vocação de nosso Estado Social não é outra senão a de garantir os direitos consagrados na Constituição. Esse objetivo impede o Estado-juiz de assistir passivamente o processo, caminhar sob o farol tortuoso das formalidades constantes no Código de Processo Civil.

Isso certamente demandará do julgador fundamentação em bases constitucionais para justificar, por exemplo, o emprego anômalo do processo cautelar, de modo a abrigar eventual pleito preparatório de antecipação de tutela¹⁹². Ou, então, que, antes de receber uma medida por outra o magistrado, determine emenda à inicial¹⁹³, embora esta solução em determinados casos possa contrariar nossas expectativas de um processo célere¹⁹⁴.

¹⁹¹ **Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

¹⁹² Apesar de defender a fungibilidade em sentido amplo, Athos Gusmão Carneiro faz a seguinte observação: “quando a urgente medida satisfativa for solicitada em caráter preparatório, o advogado do autor não encontra outra solução se não a de requerê-la através de processo cautelar ‘inominado’, pois ainda não previstas, em lei, as antecipações requeridas anteriormente ao ajuizamento da demanda”. (**Da Antecipação de Tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 53).

¹⁹³ Para Maria Rita de Carvalho Melo, se for requerida medida cautelar e o magistrado entender ser o caso de antecipação de tutela, então a parte deverá ser intimada para emendar a inicial, nos termos do art. 284, do Código de Processo Civil. A razão para tanto é que seria necessário o requerimento da tutela principal para o deferimento do pleito antecipatório, que não se processaria de forma autônoma, tal como o cautelar (**Aspectos Atuais da Tutela Antecipada**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 59).

¹⁹⁴ Haverá casos em que a adaptação do procedimento cautelar para o de cognição terá de ser feita ulteriormente ao exame do pleito de urgência, sob pena de inevitável dano ao direito que se pretende

Enfim, o magistrado há de compatibilizar os procedimentos valendo-se da abertura valorativa que a Constituição e, em especial, o princípio da efetividade do processo proporciona. As razões de decidir, no entanto, devem estar bem delineadas. Essa preocupação destina-se a permitir às partes e terceiros o entendimento dos argumentos do juiz, além de legitimar a própria atuação do Poder Judiciário, principalmente quando se afasta a lógica formal do Código de Processo Civil, que teoricamente deveria ser adotada.

De qualquer maneira, o magistrado deve reduzir a importância dos efeitos da distinção conceitual entre as medidas de urgência, notadamente no que diz respeito à diferenciação procedimental entre estas. O máximo possível o julgador há de promover a fungibilidade entre as técnicas de urgência, sem que interponha condicionamentos extras. Na qualidade de verdadeiro administrador, o juiz deve ser um facilitador do curso processual, adaptando as formas para conduzir o processo rumo ao seu maior intento, qual seja: o de garantir efetiva tutela de direitos.

Já são inúmeros os percalços que o Código de Processo Civil põe à frente do magistrado, para que este conforme os procedimentos e acolha a fungibilidade recíproca. Por tal motivo, não apoiamos posicionamento doutrinário¹⁹⁵ ou movimento de reforma legislativa¹⁹⁶ tendente a estabelecer que a fungibilidade apenas pode ser realizada diante de dúvida objetiva, bem como da inexistência de má-fé ou erro grosseiro.

Decisivamente, requisitos como esses, que, por sinal, nada têm de

seja tutelado. Por exemplo, é a hipótese de ação cautelar preparatória movida contra empresa responsável por plano de saúde para exigir desta obrigação de realizar cirurgia de emergência (o pedido manifestamente tem feição satisfativa).

¹⁹⁵ Luiz Guilherme Marinoni pontua que “não existindo erro grosseiro do requerente, ou, em outras palavras, havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela, aplica-se a idéia de fungibilidade, uma vez que o seu objetivo é o de evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento da tutela urgente (evidentemente de natureza nebulosa) no processo de conhecimento”. (**Antecipação da Tutela**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 130).

¹⁹⁶ Vale ressaltar que Athos Gusmão Carneiro propõe, no âmbito do Instituto Brasileiro de Direito Processual, reforma legislativa das medidas de urgência, cujo esboço apresenta a seguinte redação do que seria o novo art. 796, §2º, do Código de Processo Civil: “O pedido de uma medida antecipatória ou cautelar inadmissível, ou proposta em lugar de outra, não obstará, exceto na hipótese de má-fé, a que o juiz conheça do pedido e desde logo outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos considere comprovados”. (**Tutelas Diferenciadas e Cautelares**. Esboço de Reformulação Legislativa. In: ARMELIN, Donald (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194).

inovador¹⁹⁷, em nada ajudam na difícil tarefa de compatibilizar procedimentos diferenciados para técnicas que são substancialmente parecidas. Simples é verificar que não existe dúvida objetiva, pois toda incerteza carrega consigo a marca da subjetividade. Ademais, não faz sentido impor a comprovação de má-fé ou erro grosseiro quando, “em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto pode substituir um por outro, como outro por um”¹⁹⁸.

Obviamente, a discussão sobre todas essas manobras processuais que há de fazer o magistrado para permitir a fungibilidade de mão dupla entre as medidas de urgência perderia sentido se o Código de Processo Civil sistematizasse os procedimentos das técnicas de urgência.

4.8 Tutela Antecipatória e Irreversibilidade dos Efeitos.

Imaginemos situação em que indivíduo ingressa com ação ordinária com pedido de tutela antecipada contra empresa operadora de plano de saúde. O autor pleiteia o direito de ser beneficiado com implantação de prótese femural, em procedimento cirúrgico de urgência. Alega que a cláusula contratual que restringe genericamente a implantação de prótese é nula de pleno direito e fere o postulado da boa-fé.

Em tais casos, uma vez deferida a tutela liminar de urgência, sabe-se que, ao fim do processo, independentemente da procedência ou não do pedido, o fato é que não há mais possibilidade de se determinar o retorno ao momento anterior; ou seja, não existe meio de o magistrado impor ao postulante o dever de se submeter à nova cirurgia para remover a prótese implantada, ainda que se cogitasse na substituição da primeira prótese por outra custeada pelo sistema público de saúde. Na hipótese de improcedência do pedido, no máximo, a questão poderia se resolver em perdas e danos.

À vista de exemplos como esses, é de se indagar se o “direito provável deve

¹⁹⁷ De fato, essa ideia de fungibilidade plena entre institutos processuais, salvo hipótese de má-fé ou erro grosseiro, não é algo totalmente inovador em nosso Direito Processual. O CPC de 1939 estabelecia a reversibilidade plena entre as espécies recursais, conforme se depreende da redação do antigo art. 810: “Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento”.

¹⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92.

sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável”¹⁹⁹. Põe-se em questionamento o art. 273, §2º do Código de Processo Civil, cujo conteúdo estipula que a tutela antecipatória não deve ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Aliás, essa idéia da segura reversibilidade da tutela antecipatória funciona como mais um requisito a ser preenchido pela parte, a fim de legitimar seu pleito em juízo; isto ao lado da prova documental, da verossimilhança, do fundado receio de dano e do abuso do direito de defesa ou do propósito protelatório do réu.

Defendemos, na esteira da hermenêutica constitucional, o argumento de que o art. 273, §2º do Código de Processo Civil deve ser interpretado com amparo no postulado da proporcionalidade em suas três vertentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Conforme as considerações já expostas neste trabalho, a tutela antecipatória se mostra como importante instrumento de efetivação de direitos fundamentais que se encontram vulneráveis, sendo o tempo fator que potencializa a ameaça a tais direitos. Por isso, se o legislador acresceu um pressuposto para o emprego desta técnica de urgência, temos consciência de que não se trata apenas do estabelecimento de mais um pressuposto processual, como se o processo ainda vivesse sob o período da fase autonomista. Realmente se trata da criação de mais um óbice para se concretizar o direito fundamental posto em juízo.

Então, o mínimo esperado é que investiguemos se este condicionante se conforma às expectativas de um processo efetivo. É dizer: se a ideia de irreversibilidade auxilia o magistrado a ponderar princípios constitucionais e distribuir de maneira isonômica os ônus do tempo entre as partes, ou se evidencia simples forma processual, distante da relação de direito material.

Em análise do exemplo por nós proposto, questiona-se a pura negação do implante solicitado pela parte, sob o argumento de que existe risco de irreversibilidade na antecipação dos efeitos do provimento final. Analisa-se se essa

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 232.

decisão se apresenta como medida adequada para solucionar o conflito entre o direito fundamental à saúde do postulante e a liberdade contratual da operadora do plano médico-hospitalar.

Também se examina se o magistrado teria condições de adotar outra interpretação para o art. 273, §2º do Código de Processo Civil, possivelmente mais flexível do que a simples percepção de que não se pode conceder pleito antecipatório quando os efeitos dessa medida se mostrarem irreversíveis. Há de se examinar se o dispositivo em questão comporta outra exegese que possa tutelar determinado direito com menor ônus, ou menos sacrifício, para o outro direito.

Por fim, com apoio numa ponderação entre o fim de formalizar procedimento para tutela antecipada e o meio empregado para tanto, verifica-se se os benefícios advindos desse balanceamento são maiores do que os prejuízos.

O objetivo em interpretar o requisito da irreversibilidade com suporte nos critérios da proporcionalidade não é outro senão o de encontrar a justa medida para aplicar esse pressuposto. Têm-se em vista as diferentes situações concretas que podem surgir e a busca pela efetivação de direitos fundamentais, no lugar de se enaltecer simples formas processuais.

Essa relativização da regra prevista no art. 273, §2º do Código de Processo Civil, já pode ser observada em algumas decisões judiciais. Com efeito, há jurisprudência que se orienta pela tese de que a irreversibilidade não deve ser compreendida em sentido radical²⁰⁰. Interpretação reta do dispositivo compromete o acesso à justiça como mecanismo para concretizar direitos fundamentais, inviabilizando o deferimento antecipado do bem da vida disputado em juízo toda a vez que pairasse risco de irreversibilidade

²⁰⁰ O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que: “Quando o § 2.º do art. 273 do Código de Processo Civil alude à irreversibilidade, ele se refere aos efeitos da tutela antecipada, não ao provimento final em si, pois o objeto de antecipação não é o próprio provimento jurisdicional, mas os efeitos desse provimento. O perigo da irreversibilidade, como circunstância impeditiva da antecipação dos efeitos da tutela, deve ser entendido cum grano salis, pois, não sendo assim, enquanto não ultrapassado o prazo legal para o exercício da ação rescisória, não poderia nenhuma sentença ser executada de forma definitiva, dada a impossibilidade de sua desconstituição. É sob a ótica de probabilidade de êxito do autor quanto ao provimento jurisdicional definitivo que o julgador deve conceder ou não a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional”. (STJ, REsp n. 737047/SC, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 13/03/2006).

Logo, compreendido o art. 273, §2º do Código de Processo Civil de forma absoluta seria predeterminar que a segurança jurídica, sob as vestes do temor de se deferir medida antecipatória de efeitos irreversíveis, sempre prevalecerá sobre o valor efetividade, representado pela força do direito provável.

Não se pode desconsiderar o fato de que a análise das medidas de urgência sempre envolve uma ponderação de riscos, de acordo com cada situação posta sob exame do julgador²⁰¹. Da mesma forma que não se aceita como regra absoluta o emprego da tutela satisfativa irreversível, não assiste razão em estabelecer que o risco da irreversibilidade sempre impedirá a concessão da tutela antecipatória²⁰². Do contrário, não teríamos uma ponderação, um balanceamento de riscos, mas sim uma imposição legal que não atenta para as peculiaridades do caso concreto.

Apesar disso, registramos que ainda persistem entendimentos jurisprudenciais que se apegam ao texto formal do art. 273, §2º do Código de Processo Civil, para de plano indeferir pleitos antecipatórios²⁰³.

Em tais hipóteses sequer se tecem maiores considerações para fundamentar a decisão, apoiando-se o magistrado tão somente no pressuposto da irreversibilidade, sem que justifique por que esse risco não poderia ser superado no

²⁰¹ Cândido Rangel Dinamarco assevera que “todo o sistema de medidas urgentes apóia-se na conveniência de distribuir riscos. Por isso, em casos extremos e particularmente graves os juízes antecipam a tutela jurisdicional apesar da situação de irreversibilidade que possam criar, porque a negativa poderia permitir a consumação de situações irremediáveis a dano do autor. Essa flexibilização se legitima tanto mais, quanto mais elevados forem os valores a preservar e portanto mais graves forem os riscos a que estiver exposto o demandante”. (**Nova Era do Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 75-76, nota de rodapé n. 20).

²⁰² Para José Roberto dos Santos Bedaque, “verifica-se serem poucas as situações em que a antecipação gera efeitos irreversíveis, tornando desnecessária a tutela cognitiva. Mas, se tal ocorrer e o valor justificar a antecipação (proteção da vida, saúde), outra alternativa não há senão conceder a medida, ainda que isso implique transformar a tutela sumária em definitiva. [...]. Apenas em caráter absolutamente excepcional admite-se a utilização da técnica destinada à obtenção de tutelas sumárias e provisórias para a solução definitiva e irreversível de situações substanciais. Somente quando os valores forem de grande relevância esse resultado pode ser obtido. O que não se aceita é a generalização da tutela sumária irreversível, tendo em vista as garantias inerentes ao devido processo constitucional”. (**Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 358-359).

²⁰³ Nesse sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NÃO-CONCESSIVA DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. MANUTENÇÃO. Não se concede a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Inteligência do artigo 273, §2º, do Código de Processo Civil. Em decisão monocrática, nego seguimento ao agravo de instrumento”. (TJRS, Agravo de Instrumento n. 70042598003, 20ª Câmara Cível, Relator Desembargador Glênio José Wasserstein Hekman, DJ 13/05/2011).

caso concreto. De certa forma, chega a ser mais fácil ancorar-se em tal fundamento, escusando-se de enfrentar todas as questões por nós já evidenciadas, o que envolve solução razoável para o embate entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade processual, além do exame da proporcionalidade em suas três vertentes.

Para evitarmos entendimentos que poderiam advir de uma exegese cega do art. 273, §2º do Código de Processo Civil, comprometendo a realização de princípios constitucionais, propomos reformulação legislativa, no sentido de não se estabelecer como requisito das medidas antecipatórias o pressuposto da irreversibilidade. Aliás, julgamos que os requisitos das tutelas de urgência correspondem à alegação de plausibilidade do direito e demonstração do risco de dano.

Desobrigar o interessado de demonstrar que os efeitos da tutela por ele pretendida são reversíveis não traduz a ideia de que o magistrado deva conceder arbitrariamente tutelas sumárias irreversíveis. Significa, todavia, que estas haverão de ser deferidas somente quando o exame do postulado da proporcionalidade, como mecanismo para aferir a legitimidade do princípio da efetividade processual, assim indicar.

Outra solução seria o legislador explicitar que permanece a regra geral de negação de provimento em casos de impossibilidade de retorno ao estado anterior ao deferimento do pleito de urgência. O legislador deve ressaltar, porém, os casos em que a negação implica a extinção do próprio direito e as hipóteses de irreversibilidade recíproca, situações essas percebidas pelo magistrado segundo os ditames do princípio da proporcionalidade²⁰⁴.

Acreditamos que essas sugestões podem contribuir para o aperfeiçoamento processual das tutelas de urgência. Evidentemente, nossa proposta de alteração legislativa não tem o condão de autorizar o magistrado a fazer uso da

²⁰⁴ Movido por essa ideia, Athos Gusmão Carneiro propõe, em seu esboço de reformulação legislativa do Código de Processo Civil, a seguinte redação para o que seria o art. 881-B do Código: “O juiz não concederá a medida antecipatória nos casos de irreversibilidade de seus efeitos no plano dos fatos, salvo se a negativa acarretar a extinção do próprio direito ou se a irreversibilidade apresentar-se recíproca, casos em que o juiz terá em conta, com prudência, a relevância e proporcionalidade dos interesses em confronto”. (Tutelas Diferenciadas e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 200).

proporcionalidade para perquirir em que medida deve deferir ou não a tutela antecipada. Isto porque não se faz necessária autorização dessa ordem para que o juiz realize a ponderação dos valores constitucionais. A contribuição maior estaria no fato de encerrar dúvidas ainda existentes acerca da possibilidade de se conceder tutela antecipada com o objetivo de evitar dano irreparável ou de reparação difícil a um direito provável, quando pairasse o risco de os efeitos dessa decisão se mostrarem irreversíveis.

CONCLUSÕES

Ao longo deste trabalho, examinamos de forma crítica o regime processual das medidas cautelares e antecipatórias, cuja análise nos motivou a propor reformulações no texto do Código de Processo Civil com relação aos dispositivos que versam sobre a disciplina das espécies de tutela de urgência.

Em outras oportunidades, sequer julgamos necessário empreender alterações formais no texto legal, pois inferimos que eventuais inovações pertinentes ao estudo das tutelas de urgência podem ser concretizadas por meio de interpretações levadas a efeito por acadêmicos e profissionais do Direito. Dentre estes, destacamos a figura do magistrado na qualidade de maestro que rege e administra o processo, tendo papel primordial na busca do melhor exame e aplicação das medidas de urgência.

Em todos os casos deduzimos a importância de estudar as tutelas de urgência sob o prisma do princípio da efetividade do processo que, analisado de forma analítica e com suporte nos elementos que o integram, nos permitiu trilhar o caminho da sistematização dessas tutelas.

Com esse enfoque, fugimos da tradicional doutrina e jurisprudência que apregoam fortemente a diferenciação entre as técnicas de urgência, envidando mais esforços nesta distinção do que no aperfeiçoamento do regime de medidas que guardam entre si semelhanças sensíveis.

Por isso, repensamos o tratamento dispensado às medidas cautelares e antecipatórias. Em vez de particularizar o estudo de cada uma delas, alcançamos a importância de analisá-las de forma conjunta, porquanto, seja qual for o nome que se confira à técnica, tenha ou não o traço da satisfatividade, o que concluímos ser importante é preservar a funcionalidade do processo e dotá-lo de instrumentos realmente capazes de tutelar os bens da vida.

Esse viés denota influência insofismável da prática do advogado sobre nossa pesquisa, iluminando-nos para não sucumbir aos preciosismos formais dos conceitos, que já foi marca da fase autonomista do processo e ainda lança seus resquícios na atualidade. Basta mencionar a processualística diferente dispensada a

medidas que pretendem igualmente barrar os efeitos danosos que o tempo acarreta ao processo e à vida das pessoas.

No início desta dissertação, atestamos que as tutelas de urgência decorrem da necessidade de o Estado criar mecanismos processuais diferenciados para tutelar os mais distintos bens da vida e as mais diversas situações que envolvem esses bens.

Compreendemos que a particularidade que recai sobre as medidas antecipatórias e cautelares está justamente no emprego da cognição sumária associada à necessidade de se combater os efeitos impiedosos do tempo contra as partes e o processo.

Percebemos que as relações jurídicas materiais explicam as diferentes tutelas jurisdicionais. Vislumbramos a realidade de direitos sob situação de extremo risco, cuja demora na prestação jurisdicional, mais do que nos casos ordinários, comprometerá a própria existência do bem jurídico debatido em juízo ou a própria utilidade do processo. Em face dessas situações, arrematamos que as tutelas de urgência se apresentam como vias alternativas à tutela-padrão.

A margem de debates acadêmicos acerca dos requisitos de cada medida, apreendemos que o uso de quaisquer das espécies de tutela de urgência se mostra apto para controlar o efeito deletério que o tempo causa sobre determinado direito.

Com arrimo nesse raciocínio, verificamos que a doutrina tende a unificar o procedimento das tutelas de urgência, sob o argumento de que os pontos de contato são muito mais relevantes do que as diferenças. Certificamos que a doutrina caminhou das discussões acerca do possível direito substancial de cautela ou da cautelar satisfativa, passando pela separação estanque entre as espécies de tutela, até chegar ao estudo sistematizado das técnicas de urgência.

Reconhecemos que a urgência, a cognição sumária, a provisoriedade, o juízo de mera probabilidade ou verossimilhança são traços que atraem os institutos.

Avançamos nosso trabalho para situar o leitor acerca da dimensão constitucional que rodeia este ensaio.

Baseado nessa ideia, supusemos, de saída, que os valores irradiados pela Constituição Federal orientam a interpretação e aplicação de todas as normas infraconstitucionais, motivo pelo qual declaramos carecer de sentido qualquer entendimento que sugira a separação estanque entre o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil.

Concluímos que todos os institutos pertinentes ao estudo do processo têm alguma ligação com os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Disso decorre a noção de modelo constitucionalmente adequado de processo civil.

Com base neste raciocínio, testemunhamos a necessidade de se indicar qual a relação entre as tutelas de urgência e os princípios constitucionais, ou seja, qual o fundamento constitucional de validade das medidas cautelares e antecipatórias.

Demonstramos que a justificativa constitucional das tutelas de urgência não está em pretensa vocação para solucionar conflitos entre direitos, como se fosse expressão do princípio da proporcionalidade aplicado ao processo. Isto porque afastar eventuais choques entre direitos fundamentais é uma necessidade do próprio sistema constitucional.

No caso, reconhecemos que o objetivo do princípio da proporcionalidade é aferir a legitimidade da decisão do magistrado que defere ou indefere dada medida de urgência. Dito de outra forma, este princípio avalia se a solução proposta pelo magistrado para harmonizar efetividade e segurança jurídica foi justa, razoável.

Esclarecemos que o panorama das tutelas de urgência é o do confronto entre direitos fundamentais. A depender da natureza do bem jurídico posto em juízo, haverá de surgir oposição entre os mais diversos princípios constitucionais, mas sempre a disputa envolverá, pelo menos, dois valores: um correlacionado ao princípio da efetividade e o outro ligado ao da segurança jurídica.

Por outro lado, exprimimos que razão de ser das medidas de urgência é precisamente garantir que o Estado-juiz, por intermédio do processo, preste a tutela jurisdicional de forma tempestiva e adequada, obtendo, ainda, resultados práticos e em conformidade com os anseios da coletividade.

Enfim, observamos que as tutelas de urgência têm por finalidade perseguir a concretização do princípio da efetividade processual que, por sua vez, decorre do princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição, estampado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Sob o pálio da teoria dos direitos fundamentais, não apenas relacionamos as tutelas de urgência ao princípio da efetividade do processo, como também divisamos que o surgimento dos direitos sociais e, principalmente, a instituição do Estado Social, permitiram o fortalecimento dessas medidas processuais.

Respaldamos essa constatação no fato de que a garantia da igualdade material, preconizada por tal modelo de Estado, dependia, no plano do processo, de mecanismos capazes de efetivamente assegurar aos cidadãos os direitos afirmados pelo Poder Público, direitos estes que demandavam pronta resposta do Estado, a exemplo do direito à saúde. Desvendamos, então, o enigma para o florescimento das tutelas de urgência.

No instante em que apontamos o fundamento de validade das tutelas de urgência, expressamos o princípio que nos guiou durante toda a dissertação, tal como farol a nos direcionar rumo às mudanças que consideramos propícias ao regime das medidas cautelares e antecipatórias. Em outros termos, verificamos até que ponto a estrutura normativa e a interpretação que se faz dos procedimentos das tutelas de urgência podem ser repensados a fim de louvarmos o princípio da efetividade processual.

Ao identificarmos também a relação intrínseca entre o Estado Social e as técnicas de urgência, percebemos ser imperioso refletir de que maneira o regime das tutelas de urgência pode ser aprimorado para melhor cumprir a nobre finalidade de entregar ao indivíduo prestação jurisdicional que realmente concretize os direitos básicos consagrados na Constituição. Entendemos que o Estado não pode prometer direitos, proibir a autotutela e, ao mesmo tempo, não oferecer instrumentos processuais hábeis para sua efetivação.

Embora tenhamos enaltecido a efetividade do processo como matriz constitucional das tutelas de urgência, sentimos necessidade de delinear os

elementos conceituais deste princípio, para que, de fato, pudéssemos compreendê-lo. Concluímos que em sua maioria as referências à efetividade processual são incompletas ou, por serem estas alusões lugar comum nos livros e seminários acadêmicos, simplesmente os estudiosos sugerem ser despidendo tecer maiores comentários a respeito.

Ante esta nota, declaramos que foi José Carlos Barbosa Moreira quem apresentou a mais completa definição acerca da efetividade do processo, em clássica conceituação que descreve as metas a serem perseguidas pelo processo, a fim de proporcionar ao jurisdicionado a fruição plena do direito assegurado em juízo.

Nessa cadência, indicamos que a celeridade corresponde tão-somente a um dos tópicos que compõem a noção de efetividade processual. Ao lado disso, o processo deve dispor de mecanismos distintos e adequados, para serem aplicados aos mais diversos direitos materiais. Mais do que celeridade e adequação, a tutela efetiva é aquela que acarreta a realização prática do direito substantivo, ofertando ao vitorioso da demanda a utilidade plena que o direito poderia lhe proporcionar.

Paralelamente a estes requisitos, acrescentamos que a efetividade processual demanda que não fiquemos aprisionados no interior do processo, na busca das melhores técnicas e na solução dos impasses procedimentais. Há de se ter em conta a realidade social como um todo, o que direciona a atividade cognitiva do juiz à obtenção dos fins da jurisdição.

Com a exposição desses elementos, deduzimos que as tutelas de urgência se cercam de quatro noções, quais sejam: celeridade, adequação, busca de resultados práticos e conformação aos valores sociais.

Atestamos que essa visão acerca da efetividade se correlaciona com a ideia de instrumentalidade do processo. Aliás, inferimos que efetividade e instrumentalidade são partes essenciais do arcabouço que subsidiou nossa reflexão sobre o modelo pensado pelo Código de Processo Civil para as medidas cautelares e antecipações de tutela.

A instrumentalidade nos forneceu a base para estudarmos as tutelas de urgência de maneira livre, sem nos ater aos formalismos e aos purismos conceituais

do Código.

Alertamos para o fato de que o emprego obliterado das regras processuais não pode se agigantar sobre as normas substantivas e os anseios da coletividade. Realçamos a ideia de que o processo não é um fim em si mesmo, logo, o magistrado deve atentar para a realidade fora do sistema processual; deve colher do mundo político e social os valores necessários para compreender o problema posto em juízo e interpretar as normas processuais, sempre buscando a melhor prestação possível da tutela jurisdicional.

Essa perspectiva foi importante para analisarmos como o rito das medidas de urgência poderia ser modificado dentro do sistema processual a fim de valorizar a simplificação das formas e coerência dos procedimentos. Além das teorias de Ovídio Baptista da Silva e Piero Calamandrei, as tutelas de urgência devem ser examinadas sob o prisma prático, capaz de ensejar resultados concretos e conforme as exigências da coletividade. Ressaltamos uma existência fora do mundo dos autos diretamente ligada aos escopos social e político do processo. Essa percepção ampla das tutelas de urgência mostrou-se substancial para primarmos o princípio da efetividade processual.

A reunião de todas essas ideias nos fez questionar o modelo das tutelas de urgência previsto no Código de Processo Civil. Vislumbramos a premente necessidade de conformar o regime das medidas de urgência às expectativas do processo efetivo. Percebemos que legislador e magistrado podem progredir mais no estudo e aplicação dessas técnicas na perspectiva do Estado Social e dos direitos fundamentais.

Consideramos que a estrutura legal das medidas cautelares e antecipatórias não constitui modelo plenamente propício a ofertar às partes resposta jurisdicional célere, adequada, preocupada com resultados práticos e aberta às influências sociais e políticas da coletividade.

Defendemos a existência de atividade criadora dos magistrados, pois constatamos que especificamente em relação às tutelas de urgência, nem sempre a interpretação judicial contribui para uma prestação jurisdicional capaz de fazer a

distribuição de forma equânime entre os litigantes dos riscos processuais, ficando o magistrado aprisionado aos formalismos legais.

Erguemos a bandeira da sistematização das tutelas de urgência. Informamos que os pontos de ligação entre as medidas são bastante expressivos, muito mais do que as diferenças em torno da satisfatividade ou não de certa técnica. Destacamos o fato de que o panorama em que se discute a necessidade da concessão de uma das medidas de urgência é precisamente o do conflito entre direitos fundamentais. Também a forma como será solucionado esse impasse entre princípios constitucionais, especialmente entre efetividade e segurança jurídica, haverá de passar em quaisquer das medidas pelo crivo de legitimidade do princípio da proporcionalidade, mediante os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Tanto as antecipações de tutela quanto as cautelares têm como fundamento de validade o princípio do acesso à justiça, que, por sua vez, alberga o princípio da efetividade do processo. Inevitavelmente, a análise de ambas as medidas deverá atender aos elementos conceituais do princípio da efetividade.

Por tudo isso, ainda que se erga distinção conceitual entre as referidas técnicas, não chancelamos posicionamento que sustenta diferentes procedimentos para medidas irmãs, criando um emaranhado de normas avulsas que confundem os jurisdicionados e obstaculizam o acesso à justiça.

A sistematização dos procedimentos das medidas antecipatórias e cautelares não apenas aproxima os institutos, mas também repara falha grave do Código de Processo Civil, qual seja: negligenciar a necessária processualística das antecipações de tutela, hoje dependente apenas do art. 273 do Código de Processo Civil.

Movido por essa ideia de sistematização, opinamos no sentido de que as medidas cautelares incidentais, assim como hoje ocorre com a técnica antecipatória, devem ser requeridas e decididas nos autos do próprio processo pelo qual se pretende preservar a funcionalidade e a justiça da prestação jurisdicional.

Não há sentido em se instaurar processo cautelar autônomo, com todas as

formalidades procedimentais que um processo comporta. Pleiteadas internamente ao processo em que se discute a querela entre as partes, as medidas de urgência conformam-se muito mais ao princípio da efetividade do processo. Privilegia-se a celeridade processual, pois não se faz necessário todo o rigorismo formal que a constituição de um processo exige para que, somente após, o juiz tenha condições de se manifestar sobre o pedido liminar.

Indicamos o fato de a praxe forense testemunhar que o processo cautelar praticamente se esgota na concessão ou indeferimento da medida liminar. Uma vez que haja se manifestado a respeito dessa medida liminar, o juiz determina que os autos do feito cautelar fiquem apensos ao processo principal, quando, então, todas as atenções se voltam para este.

Mesmo quando as de feição cautelar forem requeridas em procedimento preparatório, o processo não será qualificado como autônomo. A autonomia do processo decorrerá do pedido principal, que deverá ser requestado posteriormente nos mesmos autos, inaugurando-se todos os consectários da cognição exauriente, inclusive a ampla instrução probatória. Ainda que a parte adversa não se manifeste acerca do pedido liminar, o que torna desnecessária a apresentação ulterior do pedido principal, pode-se discutir se a decisão do magistrado sobre a tutela de urgência há de ser ou não acobertada pelo manto da coisa julgada.

Em seguida, nos posicionamos no sentido de serem inviáveis as chamadas medidas cautelares nominadas. Em verdade, compreendemos que, ao se criar modelos formais para se estipular específicas técnicas cautelares, o legislador desnecessariamente impõe ao jurisdicionado o ônus de comprovar mais requisitos do que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Na oportunidade, concluímos que a imposição de condicionamentos desnecessários para as providências cautelares cria um modelo hermético cujo apego inviabiliza o pensamento dessas medidas com esteio nos demais elementos conceituais do princípio da efetividade.

Quanto à omissão legal referente ao pleito preparatório das medidas antecipatórias, assinalamos não existir empecilho para que, antes de apresentada a

demanda principal, a parte reúna somente os elementos necessários para atestar os requisitos da antecipação de tutela. Na luta contra o tempo, pode acontecer de o interessado não ter condições de coligir todos os documentos nem expor todos os fatos capazes de permitir cognição mais profunda do magistrado acerca da tutela principal. Tal como as cautelares preparatórias, nesse caso bastaria demonstração da provável titularidade do alegado bem da vida e da situação de risco por que passa o direito sob ameaça de violação.

Advertimos para a noção de que, enquanto não houver alteração legislativa, as medidas antecipatórias antecedentes podem ser viabilizadas com o emprego anômalo do processo cautelar.

Prosseguimos nosso trabalho para tratar da figura da estabilização da tutela antecipada, instituto do Direito Processual italiano, que deduzimos guardar íntima relação com nosso procedimento monitorio. Realmente, ambos encerram técnicas jurisdicionais diferenciadas e guiadas por cognição sumária definitiva, cujas tutelas se obtêm *secundum eventum defensionis*.

Particularmente, a estabilização da tutela está ligada ao tema anterior da medida antecipatória requerida em procedimento preparatório, pelo que acreditamos ser interessante sua previsão em nosso ordenamento jurídico.

Essa estabilização abre a possibilidade de a decisão que deferiu a tutela antecipatória em procedimento antecedente continuar a produzir seus legítimos efeitos, independentemente de posterior exame definitivo do mérito da lide. Portanto, a implicação de coisa julgada à decisão pautada em cognição sumária somente tem sentido quando se tratar de medida de urgência que envolva o mérito da lide, ou seja, quando se tratar de tutela antecipatória.

Exprimimos que a estabilização implica a atribuição da qualidade de coisa julgada à decisão que deferiu tutela satisfativa antecedente ao ajuizamento da demanda principal, desde que haja inércia do réu em não se insurgir. Assim se retira da parte beneficiada pela concessão da medida antecipatória o ônus de interpelar o Judiciário tão-somente para confirmar os efeitos da decisão proferida em procedimento preparatório, quando as partes sinalizaram, ainda que implicitamente,

não terem a intenção de perpetuar a querela.

Quanto ao assunto da fungibilidade entre as tutelas de urgência, firmamos posição de que, independentemente da redação do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, a fungibilidade de mão dupla decorre do próprio sistema processual. Aliás, deriva de nosso raciocínio anterior acerca da sistematização das medidas de urgência.

Chamamos a atenção para o fato de que, a fim de realizar essa fungibilidade, faz-se necessário que o juiz possa compatibilizar os procedimentos que foram formalmente diferenciados pelo Código de Processo Civil. Em suas razões de decidir, o julgador deve afastar o que poderia constituir empecilhos para a fungibilidade, sobretudo na hipótese de receber pleito cautelar como antecipatório. Tais obstáculos emanariam, por exemplo, da proibição legal de conceder medida satisfativa de ofício, bem como da inexistência de procedimento preparatório, caso a medida de urgência seja requerida em rito antecedente.

Quanto à exigência da reversibilidade dos efeitos da tutela antecipada, defendemos a ideia de que a interpretação reta do pressuposto expresso no art. 273, §2º do Código de Processo Civil, compromete a realização de princípios constitucionais. Então, propomos reformulação legislativa com vistas a não se estabelecer como requisito das medidas antecipatórias o requisito da reversibilidade, pois as condições das tutelas de urgência correspondem à alegação de plausibilidade do direito e demonstração do risco de dano.

Outra solução é o legislador explicitar que permanece a regra geral da demonstração da reversibilidade, contudo se ressalvam os casos em que a negação implica a extinção do próprio direito e as hipóteses de irreversibilidade recíproca, situações essas percebidas pelo magistrado segundo os ditames do princípio da proporcionalidade.

Consoante entendemos, a interpretação literal do art. 273, §2º do Código de Processo Civil traduz a noção de que a segurança jurídica sempre prevalecerá sobre a efetividade. Isso retiraria das medidas de urgência a capacidade de ponderar riscos, poder este suplantado por uma imposição legal que não atenta para as

peculiaridades do caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARRUDA, Alvim. A Evolução do Direito e a Tutela de Urgência. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 152-175.

_____. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, n. 108, p. 106-114, out./dez. 2002.

_____. **Tratado de Direito Processual Civil**. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, n. 100, p. 33-60, out/dez 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o Problema da Efetividade do Processo. **Temas de Direito Processual Civil**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.27-28.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina Labate Batalha. **Cautelares e Liminares**. 3.ed. São Paulo: LTr, 1996.

BAUERMAN, Desirê. Estabilização da Tutela Antecipada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, vol. VI, ano 4, jul./dez. 2010, pp. 32-48.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **As formas diferenciadas de tutela no processo civil brasileiro**. Disponível no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP: www.direitoprocessual.org.br. Acesso em 15/03/2011.

_____. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Estado, Governo e Sociedade**: Para uma teoria geral da Política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTELHO, Guilherme. **Direito ao Processo Qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CALAIS, Eduardo. A Tutela Inibitória e a Efetividade do Processo. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Tutelas Diferenciadas como Meio de Incrementar a Efetividade da Prestação Jurisdicional**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

CALAMANDREI, Piero. **Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares**. Traducción de Marino Ayerra Merín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, n.102.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Tutelas Diferenciadas e Cautelares. Esboço de Reformulação

Legislativa. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hebe Caletti Marenco. Campinas: Minelli, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Instrumentalismo X Neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 127-141, out./dez. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Do Processo Cautelar**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ainda sobre a distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 29-43, out./dez. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **A Reforma da Reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Nova Era do Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O Regime Jurídico das Medidas Urgentes**. Disponível no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP: www.direitoprocessual.org.br. Acesso em 15/03/2011.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRATESCHI, Yara. **A Física da Política**: Hobbes contra Aristóteles. Campinas: Unicamp, 2008.

GOMES, Victor André Liuzzi. **Intervenção de Terceiros e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FUX, Luiz. O Novo Processo Civil. In: FUX, Luiz (Coord.). **O Novo Processo Civil Brasileiro**: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 3.ed. Tradução de Leandro Farina. Sorocaba: Minelli, 2006.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. **Tutela Jurisdicional**: cumprimento dos deveres de fazer e não fazer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LOPES, João Batista. Princípio da Proporcionalidade e efetividade do processo. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MADUREIRA, Claudio Penedo. **Direito, Processo e Justiça – O Processo como Mediador Adequado entre o Direito e a Justiça**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual. Vitória, 2009.

MALACHINI, Edson Ribas. A Fungibilidade das Tutelas Antecipatória e Cautelar (CPC, Art. 273, §7º). In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de Urgência e Cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, p. 414-425, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. O Direito à Efetividade da Tutela Jurisdicional na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais. **Gênesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 28, 2003.

_____. **Manual do processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARMELSTEIN LIMA, George. O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Fundamental à Ação: um estudo constitucionalmente adequado acerca das limitações ao direito de ação. **Themis: Revista da ESMEC**, Fortaleza, v 3, n.1, pp. 125-151, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia; DE ARAÚJO, Fábio Caldas; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos Cautelares e Especiais**: antecipação de tutela, jurisdição voluntária e ações coletivas e constitucionais. *Processo Civil Moderno*. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELO, Maria Rita de Carvalho. **Aspectos Atuais da Tutela Antecipada**. São Paulo: Verbatim, 2010.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, vol. IV, ano 3, jul./dez. 2009, pp. 223-249.

PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, n. 105, p. 48-49, jan./mar. 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROCHA LIMA, Tiago Asfor. **Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Salvador: JusPodivm, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência**: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

TAVARES, Fernando Horta; DE MATTOS, Bruno Ferreira Bini; CASAGRANDE, Érico Vinicius Prado; DE ASSIS, Zamira. Urgência de Tutelas: Por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado Democrático de Direito. **Anais** do XVI Congresso Nacional do CONPEDI, Belo Horizonte, p. 5603-5623, 2007.

VIANA, Emilio de Medeiros. A efetividade do processo e o futuro regime das medidas de urgência. Haverá necessidade? **Anais** do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília/DF, p. 4378-4394, 2008.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do Processo em Face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: DPJ, 2006.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Tendência Universal de Sumarização do Processo Civil e a Busca da Tutela de Urgência Proporcional**. Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de doutor em Direito Processual Civil. São Paulo, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.