

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

VINÍCIUS GOMES FERNANDES JALLAGEAS DE LIMA

TUTELAS DE URGÊNCIA E SUA EFETIVIDADE PROCESSUAL

São Paulo

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

VINÍCIUS GOMES FERNANDES JALLAGEAS DE LIMA

TUTELAS DE URGÊNCIA E SUA EFETIVIDADE PROCESSUAL

Monografia apresentada à banca examinadora da PUC/COGEAE, como exigência parcial para a aprovação no Curso de Especialização em Direito Processual Civil em Módulos, sob a orientação da Professora Mestra Renata Pinto Martins.

São Paulo

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

VINÍCIUS GOMES FERNANDES JALLAGEAS DE LIMA

TUTELAS DE URGÊNCIA E SUA EFETIVIDADE PROCESSUAL

Banca Examinadora:

Prof(a). Renata Pinto Martins

Prof.

Prof.

São Paulo, de de 2013.

RESUMO

Ante a possibilidade da morosidade na prestação da tutela jurisdicional ensejar graves danos aos que necessitam do Estado-Juiz para a solução das lides, as tutelas de urgência surgiram como mecanismos processuais no Código de Processo Civil, mas amparadas também na Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXXVIII, após o advento da Emenda Constitucional n. 45/04, objetivando auxiliar as partes, na hipótese de uma situação que possa oferecer risco plausível de a tutela jurisdicional não se efetivar. Essas medidas podem ser promovidas, a fim de que a execução seja garantida e, ainda, antecipar os efeitos da decisão final, evitando-se o prejuízo de futura execução do julgado. Desta feita, o presente trabalho presta-se para tratar de maneira genérica, de ambas as tutelas, referindo-se aos seus princípios constitucionais e requisitos, bem como ao seu resultado útil em relação à efetividade processual.

Palavras-Chave: Tutelas de urgência. Tutelas de urgência e a efetividade processual. Tutelas de urgência e princípios constitucionais.

ABSTRACT

Given the possibility of delays in the delivery of judicial review give rise to serious damage, requiring the State to resolve the leadership Judge made the tutelage of urgency came as procedural mechanisms established not only in the Code of Civil Procedure, but also in the Federal Constitution in his art. 5º, subsection LXXVIII, with the advent of the Constitutional Amendment. 45/04, aiming to assist the parties when one is faced with a situation that may offer a plausible risk of the possibility of judicial protection is not effective. Thus, they can be promoted in order to make the execution is guaranteed, and yet, anticipate the effects of the final decision, failing which remains hampered the implementation of future object warred in dispute. This time, this work lends itself to treat a generic way, both guardianships, referring to its constitutional principles, their requirements, as well as its useful result regarding the effectiveness of procedure.

Key-words: Guardianships of urgency. Guardianships of urgency and procedural effectiveness. Guardianships of urgency and constitutional principles.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....	7
1- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	9
1.1- Devido Processo Legal	9
1.2- Inafastabilidade do controle jurisdicional	15
1.3- Contraditório e as questões de ordem pública	17
1.4- Ampla Defesa	20
1.5- Isonomia.....	22
1.6- Efetividade	25
1.7- Razoável duração do processo	27
1.8- Proporcionalidade	34
1.9- A convivência dos Princípios Constitucionais do Processo Civil com as Tutelas de Urgência.....	35
2- EFETIVIDADE DO PROCESSO	39
2.1- A questão da efetividade do processo	39
2.2- A tutela jurisdicional dos direitos	42
2.3- Tutelas jurisdicionais diferenciadas	44
2.4- Cognição exauriente, cognição sumária, cognição parcial e cognição plena	47
2.4.1- Cognição horizontal parcial.....	48
2.4.2- Cognição vertical exauriente “ <i>secundum eventum probationis</i> ”	49
2.4.3- Cognição vertical sumária.....	51
2.5- Espécies de tutelas de urgência: tutela cautelar e tutela antecipada	54
3- TUTELA CAUTELAR.....	62
3.1- Finalidade e classificação da tutela cautelar	62
3.1.1- Cautelar atípica - poder geral de cautela	65
3.1.2- Cautelares típicas.....	67
3.2- Características da tutela cautelar.....	69
3.2.1- “ <i>Fumus Boni Iuris</i> ”	69
3.2.2- “ <i>Periculum in mora</i> ”	71
3.2.3- Instrumentalidade	74
3.2.4- Referibilidade	76
3.2.5- Autonomia e Acessoriedade.....	77
3.2.6- Fungibilidade Cautelar	77
4- TUTELA ANTECIPATÓRIA.....	81

4.1- Generalidades do artigo 273 do Código de Processo Civil	81
4.1.1- Art. 273 “ <i>caput</i> ”, inciso I, inciso II e parágrafo 6º do CPC	84
4.2- Momento da antecipação de tutela.....	89
4.3- Características específicas da tutela antecipada	91
4.3.1- Prova inequívoca e verossimilhança do alegado.....	91
4.3.2- Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação	94
5- SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	96
5.1- Generalidades – diferenças	96
5.2- Cautelares e antecipação de tutela – semelhanças	100
5.2.1- Revogabilidade	100
5.2.2- Provisoriedade	103
5.2.3- Sumariedade da cognição	104
5.3- Fungibilidade entre as tutelas de urgência.....	106
CONCLUSÃO	110
BIBLIOGRAFIA	113

INTRODUÇÃO

Infelizmente, não raras as vezes, os operadores do direito deparam-se no dia-a-dia com situações nem tanto inusitadas acerca da morosidade do Judiciário para a prestação da tutela jurisdicional.

Desta feita, as tutelas de urgência, quais sejam, a tutela cautelar e a antecipação de tutela, objetivam suprir a morosidade do Judiciário, até mesmo para que os Jurisdicionados não sejam prejudicados quanto à efetividade do litígio guerreado na demanda.

Assim, não se pode atribuir a culpa da morosidade ao magistrado, nem tampouco aos operadores do direito, de forma geral, haja vista que referido problema está nitidamente insculpido não somente no sistema processual adotado pelo nosso País, mas também na falta de funcionários e mecanismos materiais aptos para que estes desenvolvam suas funções a contento.

Outrossim, referida morosidade pode ser atribuída também à necessidade de fazer com que o magistrado tenha uma cognição exauriente no decorrer da relação processual, pois isso faz com que o processo possa demandar um intervalo de tempo maior do que podem resistir as pretensões das partes.

Diante disso e com o objetivo de controlar os riscos dessa demora, objetivando resguardar os direitos dos litigantes, criaram-se as tutelas de urgência.

No mesmo sentido, a adoção desses mecanismos processuais visa promover a proteção de bens, os quais podem perecer com a demora na coleta de elementos para a cognição da causa por parte do juiz, o que promove um reclamo de efetividade da prestação jurisdicional.

Desta feita, andou bem o legislador, quando da elaboração da Emenda Constitucional n. 45/04, inovando ao acrescentar ao artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, prevendo o princípio da razoável duração do processo.

Dentro dessas considerações, presta-se o presente trabalho para demonstrar não apenas a real necessidade das tutelas de urgência, bem como a utilidade e também analisá-las, explicitando suas características, requisitos, semelhanças e diferenças.

Por oportuno, salienta-se que a doutrina se divide acerca da natureza desses dois mecanismos, pois para a corrente majoritária há duas espécies distintas de provimento jurisdicional, tendo cada qual seus requisitos condicionantes para sua concessão.

Desta feita, verifica-se que por se tratar de um tema muito extenso, o trabalho tem por fim tratar de ambos os institutos, porém somente em relação às principais peculiaridades de cada um, em especial seus conceitos, objetivos, requisitos, semelhanças e diferenças, sendo que essa análise não poderia ser realizada de outra maneira, senão após a observância dos princípios constitucionais que guardam íntima relação com ambos os institutos.

1- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1- Devido Processo Legal

Originário do direito inglês¹, o princípio do devido processo legal ou *due process of law* pode ser entendido como postulado constitucional fundamental do processo civil, ou seja, como a base sobre a qual todos os outros se sustentam².

Previsto expressamente no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, a seu respeito ensina Nelson Nery Júnior que se trata do princípio dos princípios³⁻⁴, dos quais, em última análise, derivam todos os outros princípios constitucionais do processo. Dele decorrem, por exemplo, a bilateralidade da audiência, a ampla defesa, o juiz natural, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, a proibição de prova ilícita, dentre

¹ A origem do devido processo legal remonta à Inglaterra, no ano de 1215, quando o rei João Sem-Terra assinou a Carta-Magna Libertatum com o objetivo de garantir os direitos da nobreza. Dentre os direitos reconhecidos pela Carta Magna reconheceu-se no art. 39 a chamada *Law of the land*. Na versão em português consta que o texto assim dispunha: “nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”. O termo *due process of Law* somente foi adotado em 1934, numa lei denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*. (Cf. Jefferson Aparecido Dias. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth Castro (Org.). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*, p. 25-26; e NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. Ed. São Paulo:RT, 2004, p. 60-61).

² NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 8 ed., São Paulo: RT, 2004, p. 60-63.

³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8 ed., São Paulo: RT, 2004, p. 60, ao afirmar que o princípio do devido processo legal é a base sobre a qual todos os outros se sustentam.

⁴ Humberto Theodoro Jr. fala em superprincípio (cf. Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, 41 ed. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004, item 22, p. 24) Em outra obra, diz esse mesmo autor que a Justiça Civil e a Justiça Penal acham-se informadas pelos dois grandes princípios do Estado de Direito, quais sejam, o direito à tutela jurisdicional e o devido processo legal (Cf. Humberto Theodoro Júnior, *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*, Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 67).

outros princípios constitucionais do processo consagrados na Constituição da República.

Oportuno mencionar a plausibilidade do legislador ao explicitar o alcance desse princípio constitucional, enunciando expressamente subprincípios e garantias que nele se encontram compreendidos.

A Constituição Federal brasileira, ao prever aludido princípio, determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV). Referido inciso não deve ser interpretado de maneira literal e restritiva, mas sim como um ponto de partida para um processo justo.

Analisando esse princípio, depreende-se que somente após um processo regularmente instaurado e processado, ou seja, em conformidade com as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da igualdade entre as partes, da publicidade dos atos processuais, da fundamentação das decisões judiciais, bem como da proibição da prova ilícita, é que alguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens.

Fala-se, também que o princípio do devido processo legal comporta uma divisão⁵, em sua acepção formal (*procedural due process*) e sua acepção substancial (*substantive due process*), sendo ambos os conceitos derivados do direito norte-americano.

⁵ COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008, o. 53.

O significado na acepção formal tem sentido processual ao passo que o segundo significado, qual seja, o substancial, refere-se à incidência no plano substancial propriamente dito, vale dizer, no âmbito do direito material.

Em se tratando do campo formal, o princípio do devido processo legal impõe uma série de garantias no plano do processo. Pode-se mencionar o acesso à Justiça, bem como a garantia às partes de todos os direitos que permitam a ampla defesa e o contraditório e que mantenham o equilíbrio entre elas durante um desenrolar hígido e paritário do processo, culminando-se numa decisão judicial em tempo razoável⁶.

Segundo lições de Nelson Nery Junior⁷, a doutrina brasileira, em sua maioria, tem entendido, ao longo dos anos, o princípio do devido processo legal no sentido unicamente processual. Contudo, não é apenas no plano processual que o devido processo legal deve ser estudado, vez que sua concepção substantiva também é de rigor.

A título ilustrativo, pode-se mencionar que o devido processo legal, em seu aspecto substancial, gera efeitos em todos os campos do Direito, como, por exemplo, no direito administrativo, por meio do princípio da legalidade e no controle do exercício do poder de polícia.

Por sua vez, já no direito norte americano, há vários exemplos da sua incidência: liberdade de contratar; garantia ao direito adquirido; proibição da retroatividade da lei penal; garantia do comércio exterior e interestadual,

⁶ DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal, p. 36-37. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth Castro (Org.). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*.

⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 8 ed., São Paulo: RT p. 69-70.

fiscalizados e regulados pela União; os princípios tributários da anualidade, da legalidade, do *nom bis in idem*; proibição de preconceito racial; garantia dos direitos fundamentais da decisão⁸.

Interessante o entendimento de Jefferson Aparecido Dias, que, após criticar a pouca utilização da concepção substantiva do devido processo legal no Brasil, aponta-o como sinônimo do princípio da razoabilidade e, assim, como fundamento para o princípio da isonomia.

Feitas essas considerações acerca da aceção substancial, pode-se dizer que o entendimento atual do devido processo legal substantivo enseja o controle, pelo Poder Judiciário, de atos normativos editados pelos Poderes Executivo e Legislativo, com base na razoabilidade, permitindo a declaração de inconstitucionalidade dos atos tidos injustos ou desarrazoados, quando em confronto com os direitos fundamentais do cidadão.

No mais, é oportuno mencionar que no Brasil o *substantive due process* não encontra a mesma aplicabilidade que no direito norte-americano. Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado, cada vez mais, do princípio em questão para declarar a inconstitucionalidade de determinados atos normativos que ofendam a razoabilidade.

Feitas essas considerações e em se tratando do princípio do devido processo legal, passa-se à análise da convivência das decisões antecipatórias de tutela, especialmente quando concedidas sem que a outra parte tenha sido ouvida, supostamente infringindo o princípio constitucional da bilateralidade da audiência.

⁸ Idem, p. 07.

O princípio da bilateralidade da audiência está previsto no art. 5º, inciso LV, da CF, nos seguintes termos: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Segundo o professor Nelson Nery Jr., a bilateralidade da audiência significa “dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.”⁹

Todavia, não raras as vezes, faz-se necessário sacrificar o princípio da bilateralidade da audiência, como ocorre quando se antecipa liminarmente a tutela sem que a outra parte seja ouvida.

Nesse sentido, vale mencionar alguns julgados:

Tutela antecipada – Provimento ante a presença dos requisitos exigidos no art.273 do Código de Processo Civil – Concessão liminar sem oitiva da parte contrária – Possibilidade – Faculdade reservada ao julgador – Possibilidade, na espécie, frente ao iminente risco de frustração do objetivo visado na medida – Inexistência de afronta ao princípio do contraditório - TJPR, 1ª C.Cível: (AI 49.155-8 – Rel. Ulysses Lopes - j. 6.8.1996).

Tutela antecipatória – Concessão antes da citação do réu – Admissibilidade, pois não se trata de juízo finalístico no processo”. Quando a lei criou o instituto da antecipação da tutela jurisdicional, à similitude das cautelares, não impediu que ela fosse outorgada antes da formação da triangularidade processual, bastando haver adminículos probatórios, de pronto, anexados ao exórdio. Provas boas, firmes e formadoras de certa convicção bastam para o deferimento da antecipação da tutela, mesmo porque não se trata de juízo finalístico”. (TAMG – 7 Câmara Cível – AI n. 241.169-4 julgamento 18.9.97 – Rel. Juiz Quintino do Prado – RT 749/418).

⁹ Nelson Nery Jr., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8 ed., São Paulo: RT, 2004, p. 172.

Corroborando o posicionamento dos julgados acima mencionados, importante frisar que a ocorrência do instituto da antecipação da tutela sem que seja realizada a oitiva da parte contrária irá ocorrer somente em casos excepcionais¹⁰.

Nesse sentido, vale trazer à baila os ensinamentos do ilustre professor José Roberto dos Santos Bedaque ao mencionar que:

Embora admissível a antecipação antes de o réu integrar o contraditório, tal solução mostra-se absolutamente excepcional, pois o juiz terá, como elementos de informação, apenas a visão unilateral do fenômeno apresentada pelo autor.¹¹

Portanto, em determinadas situações, se há risco de dano irreparável ou de difícil reparação, estando presentes os requisitos do *caput* do art. 273, é possível a concessão de liminar antecipatória de tutela sem a oitiva da parte contrária, pois, nesse caso, para não se inviabilizar o acesso à Justiça, há de ser provisoriamente sacrificada a bilateralidade da audiência.

Não se pode perder de vista, todavia, que o princípio do devido processo legal e os princípios que dele decorrem como a bilateralidade da audiência e o princípio do acesso à justiça têm de ser aplicados harmonicamente. Isso compõe o que Cassio Scarpinella Bueno denomina de “modelo mínimo constitucional do processo.”¹²

Na mesma linha, diz Cassio Scarpinella Bueno, tratando dos princípios jurídicos:

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *A Antecipação da Tutela*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.187.

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 346.

¹² Cassio Scarpinella Bueno. *Tutela antecipada*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

Eles não se revogam, mas preponderam, mesmo que momentaneamente uns sobre os outros. Eles tendem, diferentemente do que ocorre com regras colidentes, a conviver, uns sobre os outros, predominando, uns sobre os outros, mesmo temporariamente, mas sem eliminação recíproca.¹³

1.2- Inafastabilidade do controle jurisdicional

De acordo com o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O citado dispositivo trata do princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou princípio do livre acesso ao Judiciário, ou, ainda, princípio da ubiqüidade da justiça (expressão empregada por Pontes de Miranda).

Eis a lição de Kazuo Watanabe sobre o tema:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da CF, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciais, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção deste ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução.¹⁴

¹³ DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio do devido processo legal*, p. 36-37. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth Castro (Org.). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*.

¹⁴ WANATABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer – art.s 273 e 461 do CPC*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil p. 20*. Citado por ZARIF, Cláudio Cintra. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. Artigo publicado no livro *Processo e constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*.

Por oportuno, fazendo um paralelo com o princípio acima mencionado, salienta-se que a correta acepção do direito de ação não se encerra no simples acesso à Justiça.

Como assinalou Watanabe:

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (in Pedro Lenza, Direito Constitucional Esquematizado, 12ª Edição, Editora Saraiva).

Em outras palavras, a partir do momento em que é concedida a garantia constitucional de amplo acesso à justiça, não se pode deixar de enxergar a necessidade de dotar o sistema processual de mecanismos aptos a preencher os vazios existentes, dando-se voz a todos os reclamos do direito material, na sua exata medida.

Contudo, embora o acesso à justiça seja franqueado a todos, mesmo àqueles que exercem pretensões infundadas, referido mecanismo processual está precipuamente direcionado para os que efetivamente merecem a tutela jurisdicional. Desta feita, não basta a concessão do mero acesso à justiça, mas sim o acesso a uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

Sobre o princípio em estudo, necessário tratar, ainda que de forma superficial, algumas questões polêmicas.

A arbitragem não afasta o controle jurisdicional; liminares contra a Fazenda Pública, ditada pela Lei 9494/97 e pela EC 30/2000, ofendem o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; a Súmula Vinculante,

introduzida pela EC 45/2004 e regulamentada pela Lei 11.417/2006, que trata de questões repetitivas envolvendo matérias já decididas, não ofende referido princípio, haja vista a realidade atual do perfil judiciário brasileiro; por fim, a irrecorribilidade da decisão do relator que concede ou denega o efeito suspensivo ou a antecipação da tutela recursal ao agravo de instrumento ou que o converte em retido, nos termos do artigo 527, incisos II e III do Código de Processo Civil. Nesse último aspecto, o entendimento majoritário pende para o posicionamento de que há nítida infringência ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

1.3- Contraditório e as questões de ordem pública

Conforme já mencionado acima, o princípio do contraditório possui previsão constitucional no art. 5º, inciso LV, ao determinar que “aos litigantes em processo judicial e administrativo, e aos acusados de modo geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis).

Todavia, atualmente há autores, como, por exemplo, o ilustre professor Cândido Rangel Dinamarco, que sustenta tratar-se de um trinômio incluindo o elemento participação. Nesse sentido, transcreve-se trecho de sua obra:

O estudo do princípio do contraditório e das formas e medidas de seu exercício costumava confinar-se no exame da participação dos litigantes no processo, deixando de lado a do juiz. Mas hoje a doutrina fala da participação contraditória do juiz também, ressaltando a figura do *juiz ativista* como algo indispensável à plenitude do cumprimento do seu ofício.¹⁵

Esse papel de um juiz participativo é perfeitamente compatível com a nova perspectiva do contraditório, porquanto é dele a função de conduzir o processo e, para tanto, deve contar com poderes reais e ativos na busca da igualdade entre as partes¹⁶.

Portanto, esse novo elemento demonstra que o juiz de mero espectador do conflito passou a assumir uma posição de participante efetivo no processo, pois além de assistir a prova, pode determiná-la, bem como realizá-la.

Oportuna menção das palavras do professor Nelson Nery Júnior:

O princípio do contraditório, com toda sua extensão, deve ser franqueado às partes, assim entendidas de forma ampla: autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, assistente e Ministério Público. Com relação ao juiz, como já dissemos, tendo assumido uma posição ativa no processo, tem o dever de garantir às partes a garantia do contraditório.¹⁷

Feitas essas considerações, passa-se a uma breve análise do contraditório e das tutelas de urgência.

Há situações em que a oitiva da parte contrária frustra a eficácia da medida ou tamanha a urgência do pedido que se torna impossível aguardar a citação e esperar o exercício do contraditório (por exemplo: autorização para uma cirurgia médica). Em hipóteses excepcionais, como esta, deve o juiz

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 165.

¹⁶ A doutrina contemporânea defende a “paridade de armas” entre as partes, ou seja, o tratamento igualitário dispensado pelo juiz ao autor e ao réu. Nesse sentido, v. por todos, NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 188-189.

¹⁷ Idem, p. 171.

conceder de plano a liminar pretendida, mesmo sem observar o contraditório naquela oportunidade, postergando-o para momento ulterior, sob pena de inefetividade do processo.

Todavia, há posicionamento diverso, afirmando que referido princípio não admite exceções, mesmo nos casos de urgência, em que o juiz, para evitar o *periculum in mora*, provê *inaudita altera parte* (CPC, arts. 929, 932, 937, 813 ss.), oportunidade em que o demandado poderá desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo.¹⁸

Assim, em razão da sua natureza constitucional, o contraditório deve ser observado tanto formalmente, quanto substancialmente, sob pena de inconstitucionalidade das normas que não o respeitarem.

Diante do exposto acima, conclui-se pela da excepcionalidade da concessão de liminares *inaudita altera parte*, quer seja na técnica cautelar, quer na técnica da antecipação de tutela. Cada caso é único, devendo ser analisado de maneira individual para que se verifique (i) se a oitiva da parte contrária pode frustrar a eficácia da medida, ou (ii) quando a urgência do pedido é tanta que não há tempo para aguardar a citação da parte contrária, justificando a não obediência ao princípio do contraditório, nessas situações excepcionalíssimas.

¹⁸ CINTRA, Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57.

1.4- Ampla Defesa

Inicialmente, curioso mencionar que os princípios do contraditório e da ampla defesa estão intimamente ligados, para a grande maioria da doutrina. Tanto é verdade que ambos estão previstos no mesmo artigo, qual seja, art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados de modo geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O termo defesa possui dois significados, um em sentido amplo e em um sentido estrito. O primeiro refere-se às alegações e provas realizadas no processo, seja por parte do autor, seja por parte do réu. Por sua vez, o segundo significado, refere-se somente ao réu, no momento em que este resiste à pretensão do autor, seja por meio de contestação, seja por meio de ação autônoma.

Em que pese a linha tênue entre o princípio do contraditório e o da ampla defesa, depreende-se que este se refere especificamente à possibilidade de as partes, durante o processo, produzirem as provas que lhe sejam pertinentes. Já o contraditório, por ser um princípio mais amplo, está intimamente ligado não somente às atitudes das partes, mas também do juiz, quando da condução dos trabalhos, momento em que não raras as vezes realiza atos de ofício, objetivando auxiliar às partes no andamento do processo, com a consequente obtenção de sua verdade real.

Assim, conclui-se que só será possível o exercício da ampla defesa se for observado o contraditório e vice-versa.

Em se tratando da defesa do réu, vale mencionar que essa não pode se dar de maneira ilimitada, indiscriminada, até mesmo porque a Constituição Federal prevê a possibilidade do seu exercício desde que ela seja pertinente, necessária e adequada.

Salienta-se que no sistema processual, ninguém é obrigado a se defender, porém, imperioso que seja dada à parte a oportunidade de fazê-lo, pois nesse momento está se assegurando o direito de produzir provas para demonstrar os fatos alegados, sob pena de inconstitucionalidade.

Em se tratando de tutelas de urgência, seja ela pela via cautelar ou pela via da antecipação de tutela, referido princípio será sempre relativizado, limitando ou postergando o direito de defesa do réu.

Segundo a doutrina majoritária, para a tutela cautelar exige-se o *fumus boni iuris* e *periculum in mora* e para a antecipação de tutela *prova inequívoca da verossimilhança da alegação* e *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*.

Assim, para a mera demonstração de ambos os requisitos, não se exige cognição exauriente, mas sim sumária, haja vista a urgência na prestação da tutela jurisdicional. Portanto, o juiz, ao deferir ou não a providência *inaudita altera parte*, terá procedido a uma cognição sumária, na medida em que a cognição plena e exauriente só poderá ocorrer ao final, após o exercício do contraditório e da ampla defesa, com a produção das provas e o debate entre as partes e o juiz.

É de se notar uma peculiar distinção quanto à defesa do réu nas ações cautelares e na ação de conhecimento com pedido de antecipação de tutela, pois naquela a defesa do réu não pode extrapolar o mérito circunscrito ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*. Em que pese o *fumus* relacionar-se com o mérito da ação principal, a cognição do juiz, em sede de cautelar, não vai além de se vislumbrar a plausibilidade do direito que visa proteger. Portanto, o réu não pode exigir, em sede de defesa cautelar, a prova cabal e completa daquilo que será objeto de discussão na ação principal.

Por sua vez, no âmbito da tutela antecipada, o panorama é diverso e mais complexo, vez que aqui o que se pretende é a antecipação daquilo que será objeto de discussão plena e exauriente no próprio processo. Em razão disso, o réu, ao apresentar sua contestação, deve trazer todos os argumentos de defesa, não se limitando aos elementos tendentes à demonstração da inverossimilhança das alegações e do direito do autor, facultando-lhe demonstrar e provar tudo o quanto for pertinente e adequado à sua linha de defesa.

1.5- Isonomia

Conhecido como princípio da isonomia ou também como princípio da igualdade, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Sua previsão legal está no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal¹⁹, conforme se transcreve:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e a propriedade, nos termos seguintes: (...).

Percebe-se que além da igualdade perante a lei ser premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz, as partes e os procuradores devem merecer também tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.

Assim, no plano do processo civil, referido princípio encontra previsão expressa no art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil, ao determinar que compete ao juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento”; o art. 9º do mesmo diploma determina que se dê curador especial ao incapaz que não o tenha (ou cujos interesses colidam com os do representante) e ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora-certa.

Algumas normas processuais têm ensejado discussão na doutrina acerca da violação ou não do princípio da isonomia, podendo ser citado, como exemplo, o prazo previsto no art. 188 do CPC²⁰. Sobre a norma prevista em tal dispositivo, existem três posicionamentos: (i) um por sua inconstitucionalidade; (ii) outro pela constitucionalidade; (iii) um terceiro, pela constitucionalidade com ressalvas.

¹⁹VADE MECUM. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, Constituição Federal.

²⁰ Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

Com o advento do instituto da antecipação de tutela, surgiram posicionamentos incipientes de que essa decisão estaria nitidamente em confronto com o princípio da isonomia, mas referidos entendimentos foram posteriormente rechaçados.

E isto porque a antecipação da tutela é um instituto que visa travar uma luta contra o tempo, para que sejam minimizadas as consequências deletérias que a demora na outorga da prestação jurisdicional definitiva possa acarretar ao bem litigioso. Para tanto, o legislador conferiu ao magistrado a possibilidade de antecipar a ocorrência de certos efeitos externos ao processo, propiciando a imediata satisfação do bem tutelado.

Nesse sentido a lição de João Batista Lopes: “a tutela surgiu para privilegiar o polo ativo da ação com o escopo declarado de dividir o ônus da demora processual.”²¹

Ainda sobre o princípio em análise, importante mencionar a possibilidade de ser vislumbrado sob dois prismas: a igualdade formal e a igualdade material.

A igualdade formal é aquela ditada pela própria lei, no plano normativo, garantindo a todos a igualdade de direitos²².

Foi com base nessa igualdade formal, extraída do texto da lei e tendo como ponto de partida a conhecida máxima de Aristóteles, que começou a se

²¹ LOPES, João Batista, *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 42.

²² HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia do direito processual. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 9, n. 761, 4 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>>.

cunhar a noção de uma igualdade material, consistente no dever de o juiz tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata proporção de suas desigualdades²³.

Para Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, além da máxima Aristotélica (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais), faz-se necessário também três critérios para identificar o princípio da isonomia, considerando o seu enfoque material: (i) inobservância da razoabilidade no critério adotado como *discrímen*; (ii) o exame de relação do *discrímen* e o fator de desigualdade; (iii) observância aos ditames constitucionais²⁴.

Ante o exposto, conclui-se que a concessão da tutela antecipada em momento algum afronta o princípio da isonomia, vez que ela surgiu para conter uma situação de desigualdade, distribuindo melhor o ônus da demora do processo entre as partes que antes recaía exclusivamente sobre o autor.

1.6- Efetividade

Nas ilustres palavras do professor José Roberto dos Santos Bedaque, processo efetivo seria “aquele que, observado o equilíbrio entre os valores

²³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 8 ed., São Paulo: RT p. 72.

²⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Princípio da Isonomia*. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth Castro (Org.). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 142-143.

segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.”²⁵

A preocupação de se extrair da norma jurídica uma interpretação que conduza à efetividade do processo surgiu devido à falta de eficácia prática da tutela jurisdicional.

Deste modo, ao utilizar o termo efetividade no processo, vislumbra-se a preocupação com a eficácia da lei processual, para que esta gere os efeitos normais que se espera, no menor prazo, com a melhor técnica e com a maior segurança possível.

Nesse sentido as lições do professor Cândido Rangel Dinamarco:

Suplantado o período *sincrético* pelo *autonomista*, foi preciso quase um século para que os estudiosos se apercebessem de que o sistema processual não é algo destituído de conotações éticas e objetivos a serem cumpridos no plano social, no econômico e no político. Preponderou por todo esse tempo a crença de que ele fosse mero instrumento do direito material, apenas sem consciência de seus escopos metajurídicos. Esse modo de encarar o processo por um prisma puramente jurídico foi superado a partir de quando estudiosos, notadamente italianos (destaque a Mauro Cappelletti e Vittorio Denti), lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos *resultados* da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional, o que abriu caminho para o realce hoje dado aos escopos sociais e políticos da ordem processual, ao valor do acesso à justiça e, numa palavra, à instrumentalidade do processo²⁶.

Oportuno mencionar que a efetividade não se limita a mera celeridade processual, pois este é um dos vários aspectos da efetividade, ou seja, a agilização e a simplificação não podem comprometer a efetividade da

²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O futuro do direito processual civil*. Revista Forense, vol. 36, p. 27.

jurisdição, cuja essência não deve ser aferida tão-somente em função do resultado do processo, mas também no que diz respeito às garantias constitucionais que o cercam.

Em suma, há que se conciliar a celeridade almejada na prestação da tutela jurisdicional com um mínimo de segurança. A morosidade não pode servir de desculpa para uma prestação jurisdicional afoita que sacrifique as garantias constitucionais, conforme já exposto acima.

E é justamente nesse sentido que a tutela de urgência deve ser analisada.

1.7- Razoável duração do processo

A Emenda Constitucional n. 45, de 08/12/2004, conhecida como a responsável pela Reforma do Judiciário, ao ampliar os direitos e as garantias fundamentais, deu status constitucional a este princípio ao incluí-lo no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

A rigor, já se poderia encontrar fundamento, no ordenamento jurídico, para a adoção desta regra, no devido processo legal (já que para que o processo alcance o seu desiderato é preciso que chegue a termo dentro de prazo razoável).

Nesse sentido, os ensinamentos do ilustre professor José Roberto dos Santos Bedaque:

(...) o tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinária e instrutória. Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclamado. O simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do processo cognitivo já configura dano ao seu titular. Além disso, acontecimentos podem também se verificar nesse ínterim, colocando em perigo a efetividade da tutela jurisdicional. Esse quadro representa aquilo que a doutrina identifica como o dano marginal, causado ao agravado pela duração do processo.²⁷

Com a positivação do princípio da razoável duração do processo no texto constitucional, o legislador brasileiro consagrou o direito de ação, assegurando não somente o acesso ao Poder Judiciário, como também os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

Diante disso, vale ressaltar que referidas garantias são destinadas a todos os brasileiros, indiscriminadamente, sejam eles natos ou naturalizados, inclusive aos estrangeiros, residentes e não-residentes no País (de passagem, a turismo).

Conforme interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, em consonância com a doutrina relacionada ao art. 5º *caput* da Constituição Federal, aos apátridas e às pessoas jurídicas também é assegurada a igualdade de todos perante a lei, portanto, fazem *jus* à razoável duração do processo.

²⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, 3ª Edição, Editora Método.

Oportuno mencionar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seus arts. 5º e 25, já previa a prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável e efetivo como direito fundamental.

Assim, pertinente fazer um histórico com o objetivo de demonstrar a origem do princípio da razoável duração do processo e que ele não resultou da inovação do legislador pátrio.

Referido princípio já era consagrado no Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que entrou em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978, e somente em 25 de setembro de 1992 passou a vigor no Brasil, quando então o Governo Brasileiro depositou a carta de adesão, oportunidade em que foi publicado o Decreto nº. 678/1992, determinando o seu cumprimento no País.

Deste modo, somente partir da Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004), os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ganharam *status* de norma constitucional, equiparando-se às emendas constitucionais, desde que aprovadas, nas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros.

Portanto, conclui-se que a previsão constante no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, não resultou da inovação do legislador brasileiro.

A Constituição Federal Brasileira, baseada no modelo da hierarquia normativa de Kelsen (pirâmide), deve orientar a criação das normas infraconstitucionais e da atividade jurisdicional. Nos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, os meios necessários à persecução da celeridade

processual devem ser oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica “umbilicalmente” ligada à constitucional.

Compete à legislação processual oferecer soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação com sua razoável duração (Reforma do Judiciário, Editora Método, 2005, pág. 501).

Em se tratando de razoável duração do processo, menciona-se importantes leis aprovadas pelo Congresso Nacional, visando a racionalização da prestação jurisdicional, como por exemplo:

- **Lei n. 11.441, de 04.01.2007** – altera o CPC, possibilitando a realização de inventário, partilha e separação consensual pela via administrativa. Com esta norma, buscou o legislador a simplificação dos procedimentos;
- **Lei n. 11.419, de 19.12.2006** – dispõe sobre a informatização do processo judicial;
- **Lei n. 11.418, de 19.12.2006** – regulamenta o parágrafo 3º do art. 102 da CF (repercussão geral), acrescentando os arts. 543-A e 543-B ao CPC;
- **Lei n. 11.417, de 19.12.2006** – regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei n. 9.784, de 29.01.1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF;
- **Lei n. 11.382, de 06.12.2006** – altera dispositivos do CPC relativos ao processo de execução;

- **Lei n. 11.341, de 07.08.2006** – altera o parágrafo único do art. 541 do CPC, para admitir as decisões disponíveis em mídia eletrônica, inclusive na Internet, entre as suscetíveis de prova de divergência jurisprudencial;
- **Lei n. 11.280, de 16.02.2006** – altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 do CPC, concernentes à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 do CC;
- **Lei n. 11.277, de 07.02.2006** – acrescenta o art. 285-A ao CPC, buscando a racionalização do julgamento de processos repetitivos;
- **Lei n. 11.276, de 07.02.2006** – altera os arts. 504, 506, 515 e 518 do CPC, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões;
- **Lei n. 11.232, de 22.12.2005** – modifica o CPC para estabelecer a fase de cumprimento de sentença no processo de conhecimento;
- **Lei n. 11.187, de 19.10.2005** – confere nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, com o objetivo de “abrir espaço” para o julgamento dos recursos de apelação, já que o recurso de agravo de instrumento tem prioridade, desobstruindo a pauta dos Tribunais.

Por sua vez, com vistas à razoável duração do processo, parte da jurisprudência caminha para uma nova postura, repudiando o exacerbado formalismo de algumas das regras de processo civil. Neste ponto, vale citar voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp. 975.807/RJ:

Tenho sempre ressaltado, em diversos precedentes, a urgente necessidade de se simplificar a interpretação e a aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil. O processo, repito sempre, tem de viabilizar, tanto quanto possível, a decisão sobre o mérito das causas. Complicar o procedimento, estabelecendo uma regra para a Justiça Federal e outra para a Justiça Estadual, seria um desserviço à administração da justiça. Quanto mais difícil tornarmos o trabalho dos advogados, maior será o número dos profissionais especializados quase que exclusivamente no processo civil, dedicando um tempo desproporcional ao conhecimento da jurisprudência sobre o próprio processo, tomando ciência das novas armadilhas fatais e dos percalços que as novas interpretações do procedimento lhes colocam no caminho. É fundamental, porém, que os advogados tenham condição de trabalhar tranquilos, especializando-se, não apenas no processo, mas nos diversos campos do direito material a que o processo serve. É o direito material que os advogados têm de conhecer, em primeiro lugar, para viabilizar a melhor orientação pré-judicial de seus clientes, evitando ações desnecessárias e mesmo para, nos casos em que o processo for inevitável, promover a melhor defesa de mérito para os jurisdicionados. Os óbices e armadilhas processuais só prejudicam a parte que tem razão, porque quem não a tem perderá a questão no mérito, de qualquer maneira. O processo civil dos óbices e armadilhas é o processo civil dos rábulas. Mesmo os advogados mais competentes e estudiosos estão sujeitos ao esquecimento, ao lapso. O direito das partes não pode depender de tão pouco. Nas questões controvertidas, convém que se adote, sempre que possível, a opção que aumente a viabilidade do processo e as chances de julgamento da causa. Não a opção que restringe o direito da parte. As Reformas Processuais têm de ir além da mudança das leis. Elas têm de chegar ao espírito de quem julga. Basta do processo pelo simples processo. Que se inicie uma fase de viabilização dos julgamentos de mérito.

O voto da ilustre Ministra vai ao encontro de uma nova proposta da doutrina e parte da jurisprudência, conforme explica Humberto Theodoro Júnior²⁸:

A preocupação maior das regras e técnicas de processo civil deve privilegiar, de maneira predominante, o papel da jurisdição no campo da realização do direito material, já que é por meio dele que, afinal, se compõem os litígios e se concretiza a paz social sob comando da ordem jurídica.

Contudo, buscar uma justiça mais célere, com a razoável duração de um processo, por óbvio, não significa admitir uma relativização, sem critérios, das normas de direito processual em prol da rapidez da sentença de mérito.

Nesse sentido, pontua o ilustre doutrinador José Miguel Garcia Medina, ao mencionar que os princípios da inafastabilidade jurisdicional, do devido processo legal e da celeridade processual levam o legislador a criar procedimentos com aptidão real para assegurar a eficácia dos direitos materiais, sendo que, nesta criação, o legislador deve conciliar a obtenção do resultado (efetividade da tutela jurisdicional) com a vedação constitucional de se excluir da apreciação do Poder Judiciário a ameaça de lesão a direito (Procedimentos Cautelares e Especiais, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, pág. 36).

Atualmente, visando à presteza na tutela jurisdicional almejada pelo demandante, idealiza-se um processo civil inspirado em dois pilares: rapidez e gratuidade. Corroborando para esse ideal e para o que foi exposto acima, o

²⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume I, 51ª Edição, Editora Forense.

princípio da razoável duração do processo preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais, fazendo com que o processo seja sanado em tempo razoável para ambas as partes.

Por oportuno, menciona-se que referido princípio permite ao magistrado, não raras as vezes, adotar soluções não previstas em lei, desde que não haja supressão aos direitos processuais das partes e se alcance a finalidade legal.

Por fim, conclui-se, de maneira resumida, que o princípio da razoável duração do processo combina três fatores: (i) a atuação dos juízes, dos auxiliares e da jurisdição; (ii) a conduta das partes; e (iii) a complexidade da causa.

1.8- Proporcionalidade

Sua previsão legal não está na Constituição Federal, mas sim no art. 2º²⁹ da Lei 9.784/99, que regula o procedimento administrativo no âmbito da Administração Federal.

A inexistência de previsão expressa na Constituição Federal não tira seu *status* constitucional. Trata-se de um princípio constitucional, ínsito no sistema, que pode ser inferido de outros princípios constitucionais afins.³⁰

²⁹ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 395.

Em relação ao princípio da proporcionalidade, este trabalho tem por objetivo enquadrá-lo como constitucional e demonstrar que para sua aplicabilidade se faz necessária a análise de cada caso concreto, de maneira individualizada, para que ele possa servir como fundamento autorizador da solução de conflitos e relativização das normas, atendendo situações excepcionais.

Com base nesse princípio, o juiz deve avaliar os conflitos das partes em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica e de acordo com a particularidade do caso concreto, apresentar maior relevo e importância.

Portanto, referido princípio funciona como fundamento constitucional autorizador para, em situações extraordinárias, tutelar a urgência, sacrificando-se momentaneamente a segurança em prol de outros valores que, à luz do caso concreto, mereçam preponderância.

1.9- A convivência dos Princípios Constitucionais do Processo Civil com as Tutelas de Urgência

Ao analisar os princípios constitucionais tratados no tópico supra, verifica-se que, *a priori*, para que ocorra a aplicação/reconhecimento do instituto da tutela de urgência, haverá confronto com referidos princípios, ou seja, não há que se falar na aplicabilidade das tutelas de urgência sem que haja o embate desses institutos com os princípios, ressaltando-se que esse confronto pode ser solucionado pelos mesmos postulados constitucionais.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV e LV, assegura o devido processo legal, bem como as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Assim, num primeiro momento, pensar numa justiça imediata/urgente, sem que haja o respeito ao caminho a ser traçado por esses princípios, parece ir de encontro a uma determinação constitucional.

Mas não se pode olvidar que a própria Constituição, que assegura os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, também previu o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV), princípio este entendido como elemento intrínseco à própria prestação da tutela jurisdicional de maneira efetiva, ou seja, deve-se buscar o equilíbrio de forma equânime entre a segurança e a celeridade, sem que haja a perda do foco do processo em dar vazão plena ao direito material, daí o motivo pelo qual se fala, hodiernamente, no princípio constitucional da efetividade.

Desta feita, a duração do processo, respeitando as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, corriqueiramente, pode redundar em graves danos ao direito material que se busca proteger e resguardar na lide. Em casos específicos, respeitar o *iter* temporal dos princípios supracitados se traduz numa inefetividade da tutela jurisdicional.

Sabe-se que a Constituição Federal assegura a todos o *due process of law*, fazendo-se necessário que o julgador busque equilibrar o fator tempo no

processo, com os olhos voltados a ambos os polos da demanda, sob pena de afronta ao princípio da igualdade.

Assim sendo, verifica-se um conflito entre as garantias constitucionais mencionadas: de um lado, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa; de outro, a inafastabilidade do controle jurisdicional, o acesso a uma tutela jurisdicional efetiva, a duração razoável do processo e a isonomia. Logo, fica a dúvida, como resolver esse conflito?

Pode-se solucionar essa questão por meio do princípio da proporcionalidade, já exposto neste trabalho, devendo-se analisar o caso concreto de acordo com os bens que estejam sendo tutelados, pois diante de situações excepcionais, o magistrado possui a atribuição para dar prevalência momentânea à inafastabilidade, efetividade, igualdade e razoável duração do processo, afastando o risco de inutilidade da tutela jurisdicional, por meio de uma tutela de urgência, em caráter liminar, postergando as garantias do devido processo legal, com a observância ao contraditório e à ampla defesa a ser realizada em momento posterior, ou seja, diferido.

Ao adotar essa linha de raciocínio, não haverá infringência a nenhum princípio constitucional, pois o que ocorrerá realmente será um ajuste temporário, fazendo preponderar imediatamente aqueles que têm maior valor para que o caso concreto possa ser solucionado de acordo com a ordem constitucional.

A tutela jurisdicional em consonância com a Constituição é chamada de “litisregulação”.³¹

Por fim, conclui-se que para essas situações excepcionais de urgência, o legislador precisou estruturar um tratamento diferenciado que implicasse risco à própria jurisdição, inserindo-se, nesse contexto, a necessidade de reconhecimento/aplicação das tutelas de urgência, sob pena de ferir a prestação da tutela jurisdicional.

³¹ É nesse quadro principiológico conflituoso que se impõe a tutela jurisdicional de urgência, como remédio provisório e necessário. Assim, no hiato inevitável interposto entre o ajuizamento da causa e o provimento final de mérito, os problemas que põem risco a efetividade do processo devem ser equacionados pelo juiz, afastando-se de imediato tudo aquilo que possa tornar inútil ou insatisfatória a prestação definitiva que se espera alcançar ao fim do processo. A essa atividade judicial complementar dá-se o nome de ‘regulação provisória’ ou litisregulação’, ou, ainda, ‘tutela de urgência’. A litisregulação, nessa ordem de ideias, compreende atividade judicial distinta da que o devido processo legal atingirá, na solução do litígio, mas é também atividade jurisdicional, porque tende a sanar ou prevenir lesões ou ameaças a direito que não podem ser subtraídas ao Poder Judiciário, segundo a garantia da efetividade da tutela jurisdicional” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência – Medidas Cautelares e Antecipatórias*, p. 12).

2- EFETIVIDADE DO PROCESSO

2.1- A questão da efetividade do processo

Nos dias de hoje, em razão da rapidez e agilidade das informações e das diversas relações existentes, sejam elas sociais, econômicas ou jurídicas, uma prestação jurisdicional tardia em nada auxilia na busca pela tutela jurisdicional.

Um processo moroso, além de ser prejudicial para as partes que nele litigam, pode acarretar efeitos negativos para toda a coletividade, pois devido à demora do judiciário em solucionar a questão objeto de litígio, as pessoas sentem-se desestimuladas a cumprir a lei, na medida em que não vêem a justiça para aqueles que a violam, gerando uma falsa sensação de impunidade, caindo o Poder Judiciário totalmente em descrédito.

O ilustre professor e doutrinador Cândido Rangel Dinamarco esclarece que o decurso de tempo no processo pode ser nocivo por mais de uma forma, fazendo menção a três delas. A primeira hipótese é aquela em que o provimento é emitido quando o mal já está consumado e nada mais se pode fazer (quando, por exemplo, há concessão de segurança para que o impetrante possa participar de um concurso público depois do concurso já realizado). A segunda diz respeito a uma tutela jurisdicional demorada, concedida após longa espera e muito sacrifício (é o caso, por exemplo, do titular do direito, a alimentos, que permanecesse anos a fio esperando a tutela jurisdicional, recebendo-a somente depois de muito tempo de injustas privações). A terceira se refere ao processo que, em razão do tempo de

tramitação, deixa de dispor dos meios externos indispensáveis para um resultado útil (tem-se como exemplo o desaparecimento de bem que poderia ser penhorado para a futura satisfação do credor).³²

Deste modo, verifica-se que o processo, com o objetivo de solucionar a lide e dar o direito a quem o faz *jus*, trava uma constante luta contra o tempo, obtemperando entre a “segurança” e a “celeridade”, visando ao equilíbrio entre essas duas forças, numa tentativa de encontrar a melhor solução possível ao caso concreto, surgindo, desse encontro, a efetividade do processo.

No entanto, referido equilíbrio é difícil de alcançar, uma vez que se a justiça é rápida, quase sempre a decisão não é segura; ao revés, quando a decisão for segura, não haverá justiça rápida.

Se de um lado o processo deve durar o tempo necessário para o seu amadurecimento, ou seja, obedecer às garantias conferidas a ambas as partes para que possam demonstrar o direito tutelado, de outro, não se pode olvidar que esse tempo necessário para que o processo se desenvolva com respeito às garantias constitucionais enseja, muitas vezes, a inutilidade da decisão ou um dano evidente àquele que buscava a tutela jurisdicional.

Nesse sentido, as palavras expressas pelo professor Fernando da Fonseca Gajardoni:

Como se vê, a brevidade e segurança são forças colidentes que o processualista moderno tem a missão constante de tentar conciliar.

³² DINAMARCO Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo. Malheiros 2003, p. 56-57.

Disso resulta uma busca constante, no processo, de uma decisão que seja o mais próxima da certeza no menor tempo possível³³.

Ao analisar o tempo e a efetividade do processo, não se pode olvidar que a demora do processo sempre beneficia o réu que não tem razão, pois se de um lado está o autor, objetivando o bem da vida a que julga ter direito, de outro está o réu, que se opõe a tal pretensão, inclusive com o interesse na conservação da situação que o autor visa a modificar.

Dessa forma, para que ocorra uma melhora relacionada à prestação da tutela jurisdicional dos litigantes, imperioso mencionar que não se trata somente de questões atinentes à legislação, sendo necessária, também, uma reestruturação da organização judiciária, relacionada à falta de recursos financeiros, burocratização dos serviços, ausência de infraestrutura adequada, baixo nível do ensino jurídico e aviltamento da remuneração dos servidores – nenhuma delas isoladamente.

Porém, enquanto não se encontra uma fórmula definitiva para resolver o embate entre a segurança e a celeridade, há a necessidade de se cogitar soluções que possam auxiliar a busca do equilíbrio entre tais forças. Uma das técnicas disponíveis reside justamente na tutela de urgência, que, conquanto não resolva definitivamente a solução posta em juízo, visa equilibrar o fator “tempo”, seja protegendo o processo do risco da ineficácia (técnica cautelar), seja adiantando os efeitos práticos de um futuro provimento jurisdicional (técnica da antecipação de tutela).

³³ Para Fernando da Fonseca Gajardoni: “é tempestiva a tutela jurisdicional quando os prazos de faro da demanda, do direito a ser protegido, do contraditório e da ampla defesa, são cumpridos pelas partes e pelo órgão jurisdicional” (Reflexos do tempo no direito processual civil, p. 115).

Salienta-se que a tutela cautelar evita que o processo trilhe um caminho insatisfatório que o conduzirá à inutilidade. Por sua vez, a antecipação da tutela possibilita à parte, desde já, a fruição de algo que muito provavelmente virá a ser reconhecido ao final. Cada uma, de acordo com o seu modo, porém ambas com a mesma finalidade remota, ou seja, visam evitar a ocorrência dos males corrosivos do tempo no processo.

Importante ressaltar novamente que o princípio da inafastabilidade, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que garante o direito à adequada tutela jurisdicional, está aliado ao art. 273 do Código de Processo Civil, que prevê a tutela antecipatória.

Assim sendo, denota-se que a tutela antecipatória constitui instrumento de mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque dá a oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, mas também porque permite a antecipação da realização dos direitos no caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Desta feita, a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão e, da mesma forma, o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente por ele.

2.2- A tutela jurisdicional dos direitos

Todos têm direito à tutela jurisdicional, mesmo quando o juiz declara não existir o direito afirmado pelo autor, e mesmo quando é constatada a

ausência de condição da ação, valendo lembrar que, neste último caso, a tutela jurisdicional é dada em razão do direito incondicionado de ação³⁴.

Contudo, a afirmação de que todos têm direito à tutela jurisdicional é um tanto quanto tormentosa, na vertente que estuda o relacionamento entre o processo e a Constituição.

O direito de ação está previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF, que garante de forma ampla e genérica, o acesso ao meio estatal destinado a propiciar a tutela jurisdicional a quem dela necessitar.

Nesse sentido, ressalta-se que referido direito não assegura apenas o acesso a quem efetivamente possui direito, vez que todos podem requerer a tutela jurisdicional, ainda que dela não sejam merecedores. Verifica-se que o que está a disposição de todos, titulares de direitos ou de meras pretensões infundadas, é o mecanismo previsto pelo legislador constitucional, por ele minuciosamente modelado, para viabilizar a tutela jurisdicional a quem efetivamente fizer jus a ela.

Assim, o sistema processual-constitucional foi construído para conferir proteção efetiva aos direitos e interesse jurídicos, inclusive com a garantia do devido processo constitucional, instrumento estatal de solução de conflitos.

Diante disso, não basta assegurar de maneira abstrata o direito de ação a todos aqueles que pretendem valer-se do processo, mas também garantir o acesso efetivo à tutela jurisdicional, por parte do necessitado.

³⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*. São Paulo. Malheiros 1993, p. 20.

Destarte, verifica-se que a garantia constitucional de ação implica a existência de tutela jurisdicional adequada à proteção do direito demonstrado em sede processual.

Conforme as ilustres palavras do professor Cândido Rangel Dinamarco:

“O processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.³⁵

2.3- Tutelas jurisdicionais diferenciadas

São diversas as situações da vida em que alguém vai buscar a proteção jurisdicional do Estado, podendo-se dizer que todas se caracterizam pela não atuação espontânea de uma regra de direito material. Isso ocorre devido aos destinatários da norma não se subordinarem aos seus efeitos, embora pudessem fazê-lo.

A não efetivação do direito material, quando possível ser feito espontaneamente, configura situação que Carnelutti denominou de lide, por ele denominada como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Deste modo, a preocupação com a efetividade do sistema processual tem levado os processualistas a dedicar maior atenção às formas diferenciadas de tutela jurisdicional.

³⁵ Como diz Dinamarco, “aqui está a síntese de tudo. É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de ‘alterar o mundo’, ou seja, de conduzir as pessoas à ‘ordem jurídica justa’. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e que não o homem a serviço da sua técnica” (*A instrumentalidade do Processo*, p. 297).

Essa expressão “tutela jurisdicional diferenciada” pode ser entendida de duas maneiras: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material (comum/ordinária); ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo (diferenciada).

Feitas essas considerações, passa-se à análise das diferentes espécies de tutelas jurisdicionais, a saber:

- (i) *Tutela cognitiva ou de conhecimento (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva lato sensu);*
- (ii) *Tutela executiva;*
- (iii) *Tutela cautelar.*

Com esse foco, conforme mencionado acima, a doutrina divide a tutela comum em (ordinária), como aquela que não representa especificidades, e justamente por isso é a adotada pela generalidade dos casos, distinguindo-a da tutela diferenciada, que é o conjunto de técnicas e modelos para fazer o processo atuar pronta e eficazmente, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo as necessidade de cada caso, obedecidos os princípios, regras e valores da ordem jurídica³⁶.

Segundo lições do professor José Roberto dos Santos Bedaque:

Tutela jurisdicional diferenciada pode ser entendida de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas

³⁶ LOPES, João Batista Lopes. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo. Atlas.

sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo.³⁷

Porém, em sentido amplo, todas as modalidades de tutela seriam diferenciadas, visto que cada uma delas está voltada para a solução de determinada espécie de crise verificada no plano substancial. Daí a existência de tutelas meramente declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e cautelares, conforme exposto acima.

Voltando a atenção de maneira específica à expressão *tutela jurisdicional diferenciada*, fala-se em tutela de urgência, espécie altamente vocacionada a dar vazão à garantia constitucional do acesso a uma tutela jurisdicional efetiva.

O grande diferencial dessa modalidade é o fator tempo, pois, com sua pronta atuação, permite garantir um resultado útil do processo.

Ao se deparar com o risco plausível de que a tutela jurisdicional não possa ser efetivada, surge a oportunidade para a inocorrência do monopólio estatal, impondo-se a necessidade de algum ato para coibir os danos causados pela demora à efetivação da tutela, ensejando risco à autoridade e à legitimação do próprio Poder Judiciário perante a sociedade, porque, uma vez proibida a autotutela, os envolvidos no litígio estão impossibilitados de realizar seus direitos, senão pela via judicial.

³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 26.

Assim, uma resposta útil e eficaz, adequada e tempestiva é dever do Poder Judiciário, dotado de jurisdição, meios e instrumentos adequados e eficazes para satisfazer as pretensões que a ele se formulam.

Com efeito, não basta a previsão de tutelas aptas a garantir tudo o que de direito merece o cidadão, mas também faz-se necessário que existam instrumentos hábeis a assegurar a prestação da tutela no exato momento em que ela necessita ser prestada, evitando-se com isso a inutilidade de uma tutela jurisdicional tardia. Nesse contexto, ganha espaço a tutela jurisdicional diferenciada.

Com as variações decorrentes das especificidades da relação de direito material ou de técnicas legislativas, a tutela jurisdicional pode ser classificada numa categoria única, à qual se mostra adequada a denominação tutelas de urgência.

Diante das diferentes acepções do termo tutela jurisdicional diferenciada, aquela que interessa no âmbito deste trabalho, para exame mais detido, é a correspondente à tutela de urgência.

2.4- Cognição exauriente, cognição sumária, cognição parcial e cognição plena

A técnica da cognição faz com que haja a possibilidade de construir procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela.

Nos dizeres do ilustre professor e doutrinador Kazuo Watanabe, o conceito de cognição pode ser visto como:

prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.³⁸

A cognição pode ser analisada em duas direções: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade). No sentido horizontal, a cognição pode ser plena ou parcial e tem por limite os elementos objetivos do processo (pressupostos processuais, condições da ação e mérito); e no sentido vertical, a cognição pode ser exauriente ou sumária.

2.4.1- Cognição horizontal parcial

Nessa técnica de cognição o legislador pode desenhar procedimentos, reservando determinadas exceções, que pertencem à situação litigiosa, para outros procedimentos.

Essa técnica pode atuar de dois modos, quais sejam, fixando o objeto litigioso ou estabelecendo os limites da defesa.

É válido ressaltar que tal técnica não pode ser compreendida apenas a partir do plano do direito material, sendo possível que ocorra a investigação do conteúdo ideológico dos procedimentos.

Trata-se de técnica que privilegia os valores certeza e celeridade, ao permitir o surgimento de uma sentença com força de coisa julgada material em

³⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 58-59.

um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação.

Em suma, o que se deve analisar é a tutela jurisdicional célere e imunizada pela coisa julgada material em detrimento da cognição das exceções reservadas.

Frisa-se que a técnica da cognição parcial permite apenas a visualização da ideologia dos procedimentos e não o controle da legitimidade dos procedimentos no sentido substantivo, tarefa esta que pode ser realizada pela cláusula do *substantive due process*.

2.4.2- Cognição vertical exauriente “*secundum eventum probationis*”

No mandado de segurança, para que se possa demonstrar a existência do direito pleiteado, faz-se necessária a observância ao direito líquido e certo, ou seja, aquele provado de plano.

Contudo, caso referido direito não esteja provado, ficará impossível ao juiz a análise do mérito. Porém, se provado, dependendo das provas apresentadas de plano, o juiz julgará o mérito e a sentença, obviamente, produzirá a coisa julgada material. Assim, conclui-se que a análise do mérito do mandado de segurança dependerá da apresentação de prova capaz de fazer surgir a cognição exauriente.

A sentença de cognição exauriente limita-se a declarar a verdade de um enunciado, ou seja, que a afirmação de que o direito existe é verdadeira, de acordo com as provas produzidas e o juízo de compreensão do juiz.

Oportuno lembrar o ensinamento de Carlos Mário Velloso:

Não se pode admitir que o impetrante ingresse em juízo para fazer, no curso sumaríssimo do mandado de segurança, em que não há dilação, a prova das suas alegações; esta deve ser, aqui, sempre, prova preconstituída e sempre documental. A prova há de ser documental e os documentos comprobatórios do fato não podem padecer de dúvida. Se fossem impugnados de falsos, não seria possível a instauração do incidente de falsidade. Nesse caso não se poderia falar mais em direito líquido e certo.³⁹

Na realidade, no caso de ser apontado como falso o documento, é possível: (a) a impossibilidade de o juiz apreciar o mérito, por ausência de direito líquido e certo; (b) a possibilidade de o juiz desconsiderar a alegação da autoridade coatora e julgar o mérito; e (c) a admissão da produção de prova tendente à demonstração da existência da falsidade.⁴⁰

Diante destas três hipóteses, a opção correta é admitir a investigação de falsidade, haja vista que mesmo adotando essa conduta o procedimento não estaria sendo desnaturado, já que a prova, por óbvio, não terá por objeto o fato que o documento pretende representar, mas sim a própria idoneidade do documento.

Contudo, a questão do prejuízo com o alargamento do procedimento implica a consideração da eterna problemática posta pelo binômio “celeridade-segurança”. Neste caso, estaria sendo dada prioridade ao valor segurança em detrimento do valor celeridade apenas em razão da viabilidade da concessão de liminar no procedimento do mandado de segurança.

³⁹ VLEOSO, Carlos Mário. *Direito líquido e certo. Decadência*, in *Mandado de segurança*. Editora Revista dos Tribunais, p. 57.

⁴⁰ O TJSP, ao apreciar essa questão, já conclui: “Não pode ser deferido incidente de falsidade em mandado de segurança, onde o direito deve vir comprovável de plano. Em se tratando de “mandamus”, impossível a produção e prova que não venha com a inicial” (*Jurisprudência Brasileira* 103/190).

Conclui-se que a cognição exauriente *secundum eventum probationis*, além de permitir a construção de um processo célere e ao mesmo tempo de cognição exauriente, não elimina a possibilidade de o jurisdicionado, que lançou mão do mandado de segurança, mas necessitada de outras provas além da documental, recorrer ao procedimento ordinário.

2.4.3- Cognição vertical sumária

Essa técnica conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança, ou seja, às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável.

De maneira genérica, pode-se dizer que as tutelas de cognição sumarizadas visam:

- (i) garantir a viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar);
- (ii) realizar um direito antecipadamente, face uma situação urgente de perigo (tutela antecipatória, art. 273, inciso I, do CPC);
- (iii) realizar antecipadamente um direito, face as peculiaridades de um determinado direito e em vista da demora do procedimento ordinário (liminares de determinados procedimentos especiais);
- (iv) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, inciso II, do CPC).

É de se observar que a sumarização da cognição pode ter diferentes graus de cognição, não dependendo da cronologia do provimento jurisdicional

no *iter* do procedimento, mas sim da relação entre a afirmação fática e as provas produzidas.

Como exemplo, pode-se citar a liminar concedida no remédio constitucional mandado de segurança, que será deferida com base no juízo de probabilidade de que a afirmação provada não será demonstrada em sentido contrário pelo réu, ao passo que a liminar cautelar é concedida com base no juízo de verossimilhança de que a afirmação será demonstrada, mesmo que sumariamente, por meio de provas admitidas no procedimento sumário.

Oportuno mencionar que diversamente da tutela sumária, é a própria tutela de cognição que garante a possibilidade da realização plena do princípio do contraditório, ou seja, a tutela de cognição exauriente é caracterizada pela coisa julgada material, não permitindo a postergação da busca da “verdade real”.

Nesse sentido, em sede de tutela sumária, fala-se na inexistência de coisa julgada material, tendo em vista que o juiz, ao analisar o pedido, limita-se a afirmar a plausibilidade ou probabilidade do direito invocado à luz dos elementos disponíveis naquele grau de cognição. Assim, aprofundada essa cognição, nada impede que o juiz perceba que o direito plausível ou provável que enxergara anteriormente não existe. Desta feita, impossível cogitar-se a produção da coisa julgada material.

Os ilustres professores e doutrinadores Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, escrevendo em obra acerca da coisa julgada, deixam claro que eventual irreversibilidade do estado das coisas, gerada por

meio da obtenção de uma tutela de urgência, não pode ser confundida com o fenômeno da coisa julgada material.

Nesse sentido, citam o exemplo de uma ação cautelar de busca e apreensão de filho ou mesmo de uma antecipação de tutela para autorizar uma transfusão de sangue, nas quais, uma vez cumprida a decisão (concedida com base em cognição sumária) de busca e apreensão ou de transfusão do sangue, entrega-se definitivamente o bem jurídico pleiteado ao autor, nada restando a ser outorgado naqueles processos. Na hipótese, embora não seja possível o retorno ao *status quo ante* naquele mesmo processo, pode ocorrer de o estado de coisas vir a ser alterado por nova decisão judicial, proferida em outro processo, daí não se falar em formação de coisa julgada.⁴¹

Assim, pode-se concluir que a situação retratada acima impõe o reconhecimento de uma *imutabilidade fática* que não se confunde com coisa julgada material.

⁴¹ A transformação do estado de fato em decorrência da execução de uma tutela de urgência é uma alteração válida no mundo dos fatos e que, em muitas das vezes, é facilmente irreversível. Verificada a inexistência do direito, após a necessária cognição exauriente, as coisas devem voltar ao *status quo ante*, quando isso for possível. Trata-se de responsabilidade processual, decorrente do risco inerente ao processo. Nos casos em que a execução da tutela de urgência acarretar um estado fático irreversível e houver dano a parte contrária ou terceiro, a lei processual determina a recomposição pecuniária. O Judiciário não pode permitir e até mesmo ‘ajudar’ o enriquecimento injustificado daquele que o próprio processo demonstrou não ter razão. Portanto, se houver constatação de um dano, deverá determinar a recomposição da parte no próprio processo ou, quando provocado, também deverá socorrer terceiros prejudicados pela execução daquela tutela de urgência, nas hipóteses em que houver efetivo nexo de causalidade entre a execução da tutela de urgência e o dano verificado” (CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgência cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 298-299).

2.5- Espécies de tutelas de urgência: tutela cautelar e tutela antecipada

Antes de adentrar nas espécies de tutelas de urgência, não se pode olvidar que a Lei 8.952 de 1994, que alterou os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar, estendeu o instituto da antecipação de tutela, antes existente somente em procedimentos específicos (como p. ex. Mandado de Segurança ou Ações Possessórias), a todas as situações sujeitas ao processo cognitivo.

Feita essa consideração, passa-se à análise do título acima mencionado.

A doutrina classifica as tutelas de urgência em diversas modalidades, porém, em que pese essa diferenciação adotada, em todos os conceitos, indistintamente prevalece o elemento imprescindível das tutelas de urgência: a *urgência* no direito pleiteado propriamente dito.

Desta feita, para que se possa verificar a necessidade ou não da concessão de uma tutela de urgência, um dos requisitos é a emergência.

Conforme já explanado em título anterior, as tutelas de urgência são classificadas como: a) tutela cautelar, cujo objetivo é assecuratória, garantidor; e como b) tutela antecipada, conhecida também como satisfativa, vez que ela satisfaz no plano fático o provável vencedor.

Essas duas modalidades acima são as predominantes na doutrina, porém há divergências, fazendo-se necessário citar a classificação das tutelas de urgência, sob o enfoque de renomados doutrinadores:

Os doutrinadores José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier seguem o posicionamento, segundo o qual, no direito brasileiro, existem três modalidades de tutela de urgência, que possuem características similares, mas têm estruturas sensivelmente distintas, e que podem ser assim visualizadas:

- a) tutela cautelar, antecedente ou incidental;
- b) antecipação dos efeitos da tutela;
- c) tutela de urgência satisfativa, com ou sem realização de cognição exauriente sucessivamente, no mesmo processo.⁴²

Nesse sentido é o entendimento do ilustre professor Ovídio Baptista da Silva:

- a) tutela propriamente cautelar;
- b) tutela concedida através de liminares satisfativas, sob forma de medidas provisórias, de tipo interdital, a serem depois confirmadas ou revogadas pela sentença que vier a ser proferida no 'processo';
- c) formas de tutela satisfativa autônoma, por dispensarem a propositura de uma demanda plenária subsequente, a ser ajuizada, como nas duas hipóteses anteriores por quem haja obtido a tutela urgente satisfativa.⁴³

⁴² MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O dogma da coisa julgada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003, p. 128.

⁴³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo Cautelar*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 87.

Por sua vez, o professor José Roberto dos Santos Bedaque, divide as tutelas de urgência em duas espécies: as definitivas e as provisórias. A primeira seria considerada como não cautelar, apta a definir o litígio de forma definitiva; já a segunda, teria natureza cautelar, até mesmo porque visa trazer soluções provisórias. Esclarece ainda que a tutela antecipada prevista no art. 273 do Código de Processo Civil seria espécie da modalidade de tutela provisória, tendo, portanto, natureza cautelar.⁴⁴

De outro turno, Teori Albino Zavascki afirma que as tutelas de urgência são necessariamente provisórias, contrapondo-se à ideia de segurança e solução definitiva para o litígio. Assim, aponta que tal modalidade de tutela privilegia o fator efetividade e se caracteriza pela (i) referibilidade a um pedido de tutela definitiva; (ii) situação de urgência, assim entendida como a situação fática que, de alguma forma, compromete a regular prestação definitiva; (iii) cognição sumária; (iv) eficácia limitada no tempo; (v) inexistência de coisa julgada, permitindo a modificação ou revogação, a qualquer tempo, desde que haja mudança no estado de fato ou de prova.⁴⁵

Desta feita, denota-se a existência de diversas classificações doutrinárias acerca da classificação das tutelas de urgência, sem, contudo, encontrar-se um conceito unívoco de sistematização.

Contudo, em que pese as diferentes classificações, seguem os requisitos que deverão ser obedecidos por todas as tutelas de urgência:

⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998 p. 259.

⁴⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, p. 40.

(i) *Periculum in mora* – visa evitar um dano irreparável ou de difícil reparação;

(ii) Cognição sumária – se a situação de perigo enseja uma providência imediata, não há tempo para uma cognição exauriente;

Vale mencionar que ambos os requisitos de nada valem se não forem analisados conjuntamente.

Assim sendo, depreende-se que a tutela de urgência, necessariamente pressupõe, além da existência do *periculum in mora*, que a tutela seja precedida de uma cognição sumária, vale dizer, limitada verticalmente. Ou seja, se a situação de direito material está em perigo a demandar uma providência imediata ou num curto espaço de tempo, não há tempo de aprofundar a cognição até que ela seja exauriente (com o respeito ao *iter* obrigatório que se exige para tanto), daí por que a tutela de urgência se vale de técnica da cognição sumária, no sentido de, momentaneamente, dar prevalência à efetividade em prol da segurança.

Não se pode olvidar que essa urgência comporta graus, daí a possibilidade de na ação cautelar ser deferida a providência de urgência liminarmente ou na sentença. E, seguindo esse raciocínio, não há que se falar em infringência ao procedimento da tutela, pois como já dito anteriormente, na cautelar, a cognição, mesmo na prolação da sentença, é igualmente sumária, na medida em que lastreada tão-somente no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora* e não na certeza ou incerteza do direito da dita “ação principal”.

Feitas essas premissas para a configuração de uma tutela de urgência (*periculum in mora* e cognição sumária), passa-se à classificação das tutelas de urgência:

- Quanto à função: (i) *conservativas*; (ii) *satisfativas*;
- Quanto ao tempo da sua propositura: (i) *antecedentes*; (ii) *interinais*.

Quanto à sua função *conservativa*, tutelas de urgência podem servir como propósito de simplesmente proteger determinada situação, evitando-se, com isso, uma ineficácia do processo ou mesmo um resultado futuro desfavorável. Ou seja, visa proteger um direito para que a fruição seja possível num momento ulterior; protege-se um direito para viabilizar a satisfação no futuro. Trata-se do caso típico das cautelares.

Noutra esteira, as tutelas tidas na função *satisfativas* são aquelas que visam desde a propositura adiantar a fruição do bem da vida (ou de seus efeitos) buscado no processo. Nessa situação, a tutela adianta tudo aquilo que muito provavelmente viria ao final, quando do julgamento do processo. Note-se que aqui a expressão *satisfativa* está sendo empregada no sentido de que a medida pleiteada não tem por objetivo preservar a possibilidade de eficácia de outro pronunciamento, mas, sim, desde já, adiantar a sua fruição⁴⁶.

⁴⁶ Arruda Alvim nos ensina que a satisfatividade das cautelares é dotada de duplo significado: “(a) diz-se satisfativa a medida, liminar ou não, que outorga ao postulante, ainda que provisoriamente, o bem da vida objeto do pedido principal. Neste caso, a satisfatividade nasce da coincidência (pelo menos no plano material da utilidade) entre aquilo que se quer como adiantamento – já – e aquilo que se pede (= mérito da ação = bem jurídico buscado). Por outro lado, (b) tem sido usada a expressão *satisfatividade* para significar irreversibilidade do

Conquanto por técnicas distintas (uma visa proteger para permitir uma futura satisfação, enquanto a outra satisfaz desde já para proteger), é evidente que ambas representam dois lados da mesma moeda, daí se dizer que a tutela de urgência pode assumir função conservativa (acautelatória) ou antecipatória⁴⁷, dependendo do caso.

Nas lições do ilustre professor Cândido Rangel Dinamarco, a distinção seria, portanto:

São cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o *processo* de algum meio exterior que poderia ser útil para correto exercício da jurisdição e consequente produção, no futuro, de resultados úteis e justos; e são antecipações de tutela aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, ainda pendente o processo, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção, às pessoas. Ouvir desde logo a testemunha mediante o procedimento da produção antecipada de prova, ou pôr o bem sob constrição judicial mediante o arresto cautelar não significa que a parte interessada já fique desde logo satisfeita em sua pretensão ao bem da vida em disputa no processo, porque (a) a testemunha somente esclarecerá o juiz, cuja decisão virá depois e (b) o arresto não põe o bem à disposição do credo, mas do juízo. Nenhuma dessas medidas é apta a produzir o menor grau de satisfação, como as antecipatórias. Elas são cautelares. Diferentemente, entregar o bem ao autor mediante um interdito possessório ou mandar quer a comissão de concurso admita o candidato a realizar a prova enquanto a sentença final não vem, é oferecer provisoriamente a esses sujeitos uma situação favorável e benéfica em relação a algum bem a que talvez tenha direito. Essas medidas são *antecipatórias de tutela*.⁴⁸

provimento concedido, especificamente no que tange aos seus efeitos verificados no plano dos fatos. Aqui trata-se de identificar uma situação criada em relação à realização dos efeitos, que serão produzidos, sem a possibilidade de desfazimento. Sob esta ótica, tem-se considerado não ser satisfativa a medida, se o bem comprometido por causa da eficácia do provimento puder ser integralmente repostado por pecúnia” (Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós, *RePro* 97/98).

⁴⁷ Com bem esclarece Ferruccio Tommaseo, o termo “antecipatório” comporta mais de uma acepção. Lido de forma abrangente, é encontrado na tutela cautelar conservativa, que em certa medida antecipa os efeitos hipotéticos do provimento final, tal como no arresto em que há uma antecipação da possível penhora que será realizada na execução. Mais restritivamente, o termo deve ser utilizado quando há coincidência entre o ato realizado desde já e aquele que se busca a final (*I provvedimenti d'urgenza*. Cedam, 1983, p. 7-18).

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, p. 58

Deste modo, não raras as vezes, é difícil definir se a tutela visa à cautela ou à antecipação.

Com relação ao tempo da sua propositura elas podem vir no processo de forma antecedente/preparatória ou no curso do processo. Utilizando-se como exemplo, pode-se citar o artigo 796 do Código de Processo Civil.⁴⁹

Em que pese este dispositivo se referira nominalmente ao processo cautelar, sua leitura não pode ser feita de maneira restritiva, sendo certo que, com base numa interpretação teleológica e sistemática, deve ser lido para o gênero das tutelas de urgência, aplicando-se tanto para a tutela de urgência com função cautelar (conservativa), quando para a tutela de urgência com função antecipatória (satisfativa).

Em suma, é possível a concessão de tutela de urgência, seja ela com função cautelar ou de antecipação de tutela, na forma antecedente ou preparatória. Até mesmo porque, caso isso não fosse possível, restaria configurada a infringência ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, haja vista o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da efetividade da tutela jurisdicional, que determinam a existência de meios suficientes, no plano infraconstitucional, para se obter uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, a qual, no caso em concreto, pode se traduzir numa antecipação de tutela antecedente, como única forma de se evitar a consumação do dano.

⁴⁹ **Art. 796** - O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

Destarte, embora não haja o reconhecimento expresso previsto em lei, com o objetivo de tratar de maneira igualitária as medidas urgentes, sejam elas cautelares ou antecipatórias, imperiosa a interpretação sistemática das normas relativas à cautelar e à antecipação de tutela, o que, em última análise, demanda a necessidade de uma visão unitária do gênero medidas de urgência, aproximando-se tanto quanto seja possível a tutela cautelar da antecipatória e vice-versa.

3- TUTELA CAUTELAR

3.1- Finalidade e classificação da tutela cautelar

Na sociedade atual existe uma série de direitos considerados como de conteúdo não-patrimonial, tidos como invioláveis.

Porém, apesar desta inviolabilidade, referidos direitos podem ser ameaçados de lesão, não havendo outra alternativa à parte prejudicada, senão o acesso à justiça, como corolário do direito à tutela preventiva.

Assim, é preciso que além da existência de tutela preventiva existam também instrumentos processuais aptos a permitir a concretização dessa tutela.

Desta feita, foram criados os procedimentos com técnica de antecipação, fugindo do senso comum, com o objetivo único e exclusivo de concretizar a prestação dessa tutela preventiva.

A título de curiosidade, vale mencionar que o antigo processo de conhecimento não continha a tutela antecipatória em seu bojo, e desembocava apenas uma das sentenças da classificação trinar, quais sejam, declaratória, constitutiva e condenatória.

Segundo a doutrina clássica da época, somente poderia se iniciar a execução após o esgotamento do processo de conhecimento, que se destinava à averiguação da existência dos direitos.

Ademais, qualquer processo em que fosse proferida uma sentença declaratória, condenatória ou constitutiva não teria capacidade de impedir alguém de violar um direito, haja vista que, na sentença declaratória, a parte limitava-se a pedir uma declaração; na sentença condenatória, como o próprio nome indica, a parte visava uma condenação, obtendo uma sentença repressiva; e na sentença constitutiva, visava somente constituir um direito.

Assim sendo, verifica-se que o processo de conhecimento utilizado à época nunca se importou com a tempestividade, nem tampouco com a preventividade da tutela dos direitos.

A tutela cautelar foi a primeira espécie de tutela de urgência a ser tratada de maneira genérica pelo legislador, tendo merecido livro próprio no Código de Processo Civil, conforme preconiza os artigos 796 e 889.

A tutela cautelar tem por objeto precípua servir de instrumento para a garantia de outro processo, dito principal. Nesse sentido, a necessidade da tutela jurisdicional levou à utilização da ação cautelar como instrumento destinado à satisfação tempestiva da pretensão que só poderia ser veiculada por meio da demanda “ação principal”.

Assim, há quem entenda que o processo cautelar seria instrumental ao quadrado, porque visa preservar a utilidade e possibilidade da efetiva prestação da tão almejada tutela jurisdicional que se busca noutro processo, dito “principal”.

Diante dessas considerações, verifica-se que o processo cautelar não visa tutelar o direito garantido na ação principal, mas sim garantir sua eficácia, com o correto funcionamento da jurisdição, ou seja, não visa satisfazer a pretensão, mas sim possibilitar sua satisfação, protegendo-a de situações de perigo a que está sujeita, até a solução do processo principal.

Vale trazer à baila o brilhante ensinamento da professora Teresa Arruda Alvim Wambier:

A razão de ser das medidas cautelares liga-se ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Isto significa que, estando as partes, como regra geral, impedidas de resolver seus conflitos pela autotutela, compromete-se o Estado a apreciar as pretensões que lhe são formuladas, devendo prestar jurisdição. O direito à prestação jurisdicional há muito se entende não se confundir com o direito à obtenção de 'uma sentença transitada em julgado'. O jurisdicionado faz jus, isto sim, à tutela jurisdicional efetiva e eficaz. Portanto, se a finalidade das medidas de natureza cautelar é garantir a possibilidade de eficácia da providência jurisdicional final, elas existem justamente para ensejar a aplicabilidade plena do princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional.⁵⁰

Por isso, como forma de um poder geral de cautela, desde que houvesse receio de que a parte viesse a causar à outra lesão grave a seu direito, antes do trânsito em julgado da lide, tem o juiz o poder de determinar medidas cautelares que entenda adequadas.

Não se pode olvidar que duas são as técnicas cautelares.

(i) A primeira técnica é conhecida como cautelar inominada/atípica/inespecífica, cuja característica principal é o poder geral do juiz/poder geral de cautela, desde que atendidos

⁵⁰ WAMBIER Teresa Arruda Alvim *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Vol. 4. São Paulo RT, 2001, p. 1.094/1.095.

os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, podendo ser concedida de acordo com a análise do caso em concreto.

- (ii) A segunda técnica refere-se às cautelares típicas ou nominadas, ou seja, conforme o próprio nome diz, aquelas tipificadas pela lei, nos termos dos artigos 813 a 899 do Código de Processo Civil. Salienta-se que essa técnica é mais restrita que a outra, pois fica limitada a parâmetros previamente estabelecidos pelo legislador, conforme já dito acima.

Feitas essas considerações, passa-se à análise da cautelar atípica, reconhecida pela característica do poder geral de cautela e, após, da cautelar típica/nominada.

3.1.1- Cautelar atípica - poder geral de cautela

Nesse tópico, aproveita-se a oportunidade para fazer uma breve explanação do poder geral do juiz, conhecido também como poder geral de cautela, que nada mais é do que a permissão de atuação do magistrado nas mais diversas hipóteses de lesão ou ameaça, ou seja, devido a não possibilidade do legislador de prever e regular todas as situações de risco que justificam uma tutela de urgência, referida autorização é dada ao magistrado.

Nas lições do professor Cássio Scarpinella Bueno:

Trata-se de um “dever-poder”, municiando o magistrado dos instrumentos necessários para conceder a medida que seja

adequada e necessária para a eliminação do perigo de dano ou da ameaça, ainda que tal situação não tenha sido prevista pela lei⁵¹.

Decorre do poder geral de cautela a possibilidade do magistrado conceder uma cautelar “inominada” para tutelar as situações não tipificadas pelo legislador.

Nesse sentido, as decisões do magistrado estão amparadas nos termos do artigo 798 do Código de Processo Civil⁵².

Com a verificação desse “poder-dever” conferido ao juiz, surgiu uma questão controvertida acerca de qual seria o alcance e conteúdo dessas “medidas provisórias adequadas”. O cerne da polêmica concentrou-se em saber se tais medidas poderiam ou não implicar a antecipação do direito material firmado pela parte. Noutras palavras, se havia ou não a possibilidade de concessão das chamadas cautelares “satisfativas”.

Essa polêmica é ricamente retratada por Teori Albino Zavascki (*Antecipação de tutela*, p. 41-45), que expõe três correntes a respeito. Uma delas, mais permissiva, na opinião de Galeno Lacerda, é aquela pela qual poderia haver verdadeira antecipação provisória do direito material invocado pela parte. Outra opinião, em linha oposta, defendida, entre outros, por

⁵¹ O art. 798, ao lado de prever expressamente o ‘dever-poder geral de cautela’, bem realizando o prestar adequada e suficientemente a ‘tutela jurisdicional *preventiva*’. De nada adiantaria, com efeito, que a lei autorizasse ao magistrado reconhecer a existência de situações de período sem que lhe permitisse, em idêntica proporção, *agir* para debelá-las. A função jurisdicional não se esgota no *reconhecer* (dizer) o direito, mas, também, no seu *realizar* (satisfazer) na exata medida e para os mesmos fins em que suficientemente reconhecido” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil – tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186).

⁵² Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Humberto Theodoro Junior, não enxergava tal possibilidade, limitando o poder geral de cautela às medidas de natureza cautelar e, portanto, impróprias à satisfação do direito material. E, ainda, uma corrente intermediária, defendida por Calmon de Passos, que admitia no âmbito do poder geral de cautela, em caráter excepcional, a possibilidade de concessão de uma medida satisfativa, quando inexistente outra medida para garantir o resultado útil do processo.

Contudo, referida discussão tornou-se um tanto quanto inócua, sendo rechaçada de plano após a generalização da tutela pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, bem como com a previsão da fungibilidade desta com a tutela cautelar, nos termos do § 7º do mesmo artigo⁵³.

Outra questão controvertida, envolvendo o assunto poder geral de cautela, conforme mencionado no parágrafo anterior, referia-se à possibilidade ou não da fungibilidade entre cautelares típicas e atípicas, contudo, referida questão será tratada em tópico separado, intitulado como fungibilidade cautelar - 3.2.6.

3.1.2- Cautelares típicas

Tendo em vista a magnitude do tema, este tópico tem por objeto adentrar nas questões de maior importância.

Conforme dito anteriormente, as cautelares típicas nada mais são do que hipóteses de cautelar cujos requisitos para sua concessão estão

⁵³ § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado

estabelecidos previamente em lei, além da necessidade do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Nesse sentido, transcreve-se trecho da obra do Professor Luiz Guilherme Marinoni⁵⁴:

Portanto, os requisitos das providências cautelares específicas constituem hipóteses *presumidas* de aparência do direito e de perigo de dano. De modo que os procedimentos cautelares específicos são técnicas processuais concebidas para dar maior efetividade à tutela de segurança e não para reduzir o seu raio de abrangência.

Referido entendimento, por vezes, gera dúvida quanto à possibilidade de o juiz conceder a tutela cautelar específica quando ausentes os requisitos específicos trazidos pela lei, utilizando-se subsidiariamente do poder geral de cautela.

Os requisitos devem ser interpretados como um norte para o julgador e não como um limite à sua atuação, sendo assim, torna-se viável a tutela cautelar típica, mesmo sem o preenchimento dos requisitos específicos, porém desde que fique demonstrado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Por outro lado, caso haja o preenchimento dos requisitos específicos trazidos pela lei, não haverá necessidade de investigar a existência de plausibilidade do direito, nem tampouco do perigo de dano.

No âmbito cautelar, o artigo 798 do Código de Processo Civil é o suficiente para que o juiz tutele adequadamente o direito das partes, visando assegurar um resultado útil do processo dito principal. Da mesma forma, o

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 204.

artigo 273 do Código de Processo Civil é o quanto basta para disponibilizar ao juiz as ferramentas necessárias para uma tutela de urgência satisfeita.

Analisando referidos artigos em conjunto, verifica-se que ambos concedem a tutela de urgência, seja pela técnica cautelar (conservativa), seja pela técnica da antecipação de tutela (satisfativa).

Da leitura conjunta desses artigos, conclui-se que o juiz é dotado de um *poder geral de tutela de urgência*.

Por derradeiro, com o objetivo de demonstrar a falta de importância na tipificação das cautelares, transcreve-se trecho da obra escrita pela professora Teresa Arruda Alvim Wambier:

Em meu entender, tudo hoje se resolve com o poder geral de cautela. Preenchidos os pressupostos genéricos da aparência do bom direito e havendo *periculum in mora*, a providência pleiteada deve ser concedida, ainda que a hipótese não se encaixe em nenhuma das ações/medidas 'tipificadas' pelo legislador o mesmo deve ocorrer, ainda que não sejam atendidos os 'específicos', da medida tipificada: pouco importa, a medida que visa a preservar a eficácia da prestação jurisdicional deve ser deferida. Parece que o único sentido da tipificação das medidas cautelares é o estabelecimento do procedimento. Se é que é.⁵⁵

3.2- Características da tutela cautelar

3.2.1- “*Fumus Boni Iuris*”

Na brilhante lição do saudoso professor Piero Calamandrei:

⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Sobre a subsistência das cautelares típicas*. Revista de Processo, 175, p. 320.

A cognição cautelar se limita em cada caso a um juízo de probabilidade e de verossimilhança. Declarar a existência do direito é função do processo principal: em sede cautelar basta que a existência do direito pareça verossímil, ou seja, melhor dizendo, basta que, segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que o procedimento principal declarará o direito em sentido favorável àquele que requeira a medida cautelar.”⁵⁶

Diante do conceito acima mencionado, depreende-se que o *fumus boni iuris* é a plausibilidade de existência do direito alegado, ou seja, um juízo hipotético de probabilidade do direito da parte, feito em cognição sumária. Há, portanto, numa primeira análise, a possibilidade de se escolher o pedido da ação principal, haverá a “fumaça do bom direito”.

Ao analisar o capítulo que trata das tutelas de urgência, em especial o art. 801, inciso IV, do Código de Processo Civil, verifica-se que a terminologia usada como “exposição sumária do direito ameaçado” corresponde justamente ao exposto acima, ou seja, ao *fumus boni iuris*.

Conclui-se, portanto, que um dos requisitos ensejadores da concessão ou não da tutela cautelar é a demonstração da credibilidade do direito invocado, ou seja, imperioso que o magistrado convença-se sumariamente da existência do direito ou, ao menos, que vislumbre a possibilidade de reconhecê-lo em sede de cognição exauriente.

Outrossim, nas palavras de Marinoni, “o requisito da fumaça do bom direito quer dizer que é bastante, para a concessão da tutela cautelar, a

⁵⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Editora Servanda, 2000, p. 99.

convicção de que o direito afirmado pelo autor prepondera sobre a posição jurídica do réu.”⁵⁷

Desta feita, diante da a argumentação acima exposta, verifica-se que o *fumus boni iuris* relaciona-se com o direito a ser tutelado na demanda principal.

Por fim, a título de facilitar a compreensão, pode-se utilizar como exemplo que o requisito do *fumus boni iuris* está para a cautelar assim como o requisito da prova inequívoca da verossimilhança da alegação está para a antecipação da tutela. Ambos tratam de um juízo de plausibilidade-probabilidade-verossimilhança relacionado ao direito substancial que varia, em maior ou menor grau, em razão do caso concreto, e não em função do tipo de tutela considerada (se cautelar ou antecipatória).

3.2.2- “*Periculum in mora*”

O *periculum in mora* é o elemento comum de maior importância existente entre as tutelas de urgência, quais sejam, tutela cautelar e a antecipação de tutela.

Pode-se definir o *periculum in mora* como o risco de lesão ou perecimento do direito, caso não haja pronta atuação do Estado-juiz. Não raras as vezes, devido à demora da prestação da tutela jurisdicional, que obstaculiza o direito da parte, há a necessidade de uma decisão do juiz para

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 146.

proteger ou mesmo permitir ao requerente, desde já, usufruir do direito, sob pena de não ter o que desfrutar após o regular trâmite processual.

Ao analisar referida característica sob a ótica exclusiva da tutela cautelar, verifica-se que tanto o *periculum in mora* quanto o *fumus boni iuris* devem ser observados à luz do direito tutelado ou a ser tutelado na ação principal.

Nesse sentido, faz-se necessário o risco da ineficácia do provimento definitivo a respeito do direito substancial, causando à parte lesão irreversível ou de difícil reparação, a justificar a necessidade de uma tutela que impeça ou neutralize o potencial de dano, ou seja, não basta a demora, mas sim uma demora qualificada pelo dano.

Além disso, referido dano deve ser grave e ao mesmo tempo irreparável ou de difícil reparação. A gravidade do dano está tarifada pela sua possibilidade de esvaziar total ou parcialmente a pretensão buscada na ação principal; de igual forma, a impossibilidade de reparação igualmente deve ser considerada diante do direito almejado pelo processo principal de forma que não possa ser reparado *in natura* ou no seu equivalente.⁵⁸

Oportuno salientar que o magistrado não pode exigir prova cabal do dano, porém, ao analisar o *periculum in mora*, decidirá acerca dos fatos postos à sua apreciação.

⁵⁸ MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais*, p. 89.

Quanto ao momento do dano, entende-se que este deve decorrer de uma situação posterior ao nascimento do próprio direito, ou, ao menos, do agravamento do dano já existente, porém, há uma ressalva que trata do caso de ignorância da parte a respeito do perigo; hipótese na qual é possível a concessão da tutela cautelar, mesmo diante de um perigo preexistente ou coexistente.

Também deve ser lembrado o chamado *periculum in mora* “inverso”⁵⁹, ou seja, o *periculum in mora* deve ser considerado sob um prisma bilateral, não só em face do requerente como também do requerido.

Desta feita, se há de um lado o risco de lesão irreparável ou de difícil reparação para a concessão imediata da tutela em favor do requerente, da mesma maneira deve-se pensar no requerido, oportunidade em que a concessão da tutela não pode gerar para este uma lesão irreversível.

Em se tratando da tutela cautelar, provisória por essência e com característica nitidamente conservativa e/ou preventiva, não deve conduzir à irreversibilidade, sob pena de encerrar insuperável contradição.

Porém, mesmo não havendo risco de irreversibilidade, pode acontecer que, com o deferimento da medida cautelar, o dano causado ao requerido seja muito maior do que o dano da demora para o requerente. Haverá, nessa hipótese, igualmente de se considerar o *periculum in mora* inverso, seja para indeferir a medida, seja para deferi-la mediante uma contracautela.

⁵⁹ Idem, p. 89-90.

Essa questão relacionada à irreversibilidade fica mais fácil de ser compreendida se analisada sob o prisma da antecipação de tutela, porquanto nesta há a concessão de medidas satisfativas. O risco de irreversibilidade em tais condições aparece, pois, de forma mais aguda.

Deste modo, tanto nas cautelares quanto nas antecipatórias, pode haver o *periculum in mora* invertido, porém, quando houver o risco de irreversibilidade, em princípio, fecha-se a porta para a tutela de urgência.

Há situações, no entanto, em que há de ser concedida a medida, oportunidade em que deverá ser analisada sua aplicação caso a caso, com base no princípio da proporcionalidade, devendo fazer um juízo de valor do bem que merece maior prevalência, para o fim de conceder aquilo que for necessário para protegê-lo, mesmo diante de eventual irreversibilidade.

3.2.3- Instrumentalidade

A tutela cautelar, conforme já exposto em tópicos anteriores, tem por objeto garantir a segurança do processo principal, motivo pelo qual o processo cautelar não visa a imediata proteção do direito material, mas sim a utilidade do processo principal, este sim vocacionado à tutela direta e imediata que o direito material invoca.

Desta feita, o processo pode ser tido como instrumento apto a proteger o processo de conhecimento e/ou execução.

Referida instrumentalidade ocorre ante a falta de coincidência direta entre ela e o direito material, uma vez que serve ao processo principal, garantindo que este não se traduza em inocuidade ao seu desiderato. Trata-se, portanto, de uma tutela mediata do direito material, ficando a tutela direta e imediata reservada ao processo dito como principal.

Nesse sentido, transcreve-se trecho da obra do ilustre professor Humberto Theodoro Junior⁶⁰:

Sua eficácia sobre a lide – que retrata o conflito de interesses no âmbito do direito substancial – é apenas ‘mediata’, por meio de outro processo. A eficácia ‘imediata’ é, no entanto, sentida sobre o ‘processo principal’, que, qualquer que seja sua conclusão, pode contar com a medida cautelar como um precioso instrumento de segurança e eficácia para sua atuação na composição definitiva da lide.

Contudo, esse não é o posicionamento do professor José Roberto dos Santos Bedaque, ao entender que apesar de a tutela cautelar ser instrumental, nem por isso está completamente dissociada do direito material – versado no processo principal, que ela, em última análise, igualmente visa proteger.

Oportuno transcrever trecho da sua obra:

[...] o mesmo direito substancial a ser deduzido no processo de cognição plena é afirmado em sede cautelar. A única diferença quanto ao escopo de cada uma dessas tutelas, reside na definitividade de uma e na provisoriedade da outra. Ambas, todavia, estariam voltadas à proteção do direito material, sendo que a cautelar visa a evitar o dano que a esse direito possa resultar pela

⁶⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. São Paulo, Ed. Universitária de Direito, p. 49.

demora do processo de cognição plena. Além dos fatos constitutivos do direito, o autor deduz aqueles caracterizadores desse perigo.⁶¹

Portanto, além de o processo cautelar objetivar a proteção do processo principal, também está fundado num juízo hipotético sobre o direito nela (tutela cautelar) afirmado.

Deste modo, conclui-se que a característica da instrumentalidade está presente não só na tutela cautelar, mas também na antecipação da tutela, visto que a instrumentalidade não está posta em relação a outro processo, mas em relação à tutela final do mesmo processo.

3.2.4- Referibilidade

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, a referibilidade ao direito acautelado é pressuposto necessário da tutela cautelar. À ideia de referibilidade contrapõe-se a de satisfatividade; a primeira, indicativa de cautelaridade, enquanto a segunda, de uma tutela sumária satisfatividade. Noutras palavras, para Marinoni, a falta de referibilidade indica satisfatividade.⁶²

⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 191. Defendendo a mesma opinião, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 11ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 110-112.

Portanto, deve-se entender como referibilidade a relação do provimento cautelar com um direito cautelado, ou seja, aquele que se visa assegurar e que será objeto de definição no processo principal.

Salienta-se que tanto na tutela cautelar quanto na antecipação de tutela vislumbra-se características da referibilidade a um direito que se visa proteger, na primeira pela técnica conservativa, e na segunda pela técnica da satisfação.

3.2.5- Autonomia e Acessoriedade

Em relação à autonomia, pode-se mencionar a concepção trazida pelo Código de Processo Civil de 1973, ao tratar do *tertium genus* de processo, que contém “a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução”.⁶³

De outro lado, não se pode olvidar a característica da acessoriedade, a qual determina que a tutela cautelar serve à tutela do processo de conhecimento ou de execução, em decorrência do seu caráter instrumental.

Por se tratar de características simples/objetivas, ambas foram tratadas objetivamente, razão pela qual não se prolonga a explicação.

3.2.6- Fungibilidade Cautelar

⁶³ BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do CPC/73, n. 11.

Atualmente, o princípio da fungibilidade tem encontrado, a cada dia mais, seu reconhecimento/incidência em todo o sistema processual, não estando limitado ao âmbito recursal, o qual seus efeitos vão além.⁶⁴

Vigora pela doutrina um princípio geral de adequação pelo qual há, entre as medidas cautelares, a possibilidade de substituição de uma por outra. Desta feita, admite-se a tutela cautelar correta quando a parte formula o pedido de uma tutela cautelar inadequada ao caso concreto, por exemplo, pede-se um arresto, sendo o caso de sequestro.

De outro lado, salienta-se a possibilidade de aplicar o princípio da fungibilidade entre uma cautelar típica e uma cautelar atípica, até mesmo porque o sistema processual, ao lado do poder geral de cautela, previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil, dá ampla liberdade para o juiz verificar no caso concreto a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Em se tratando das cautelares típicas e atípicas, questão controversa surge na doutrina, pois ao possibilitar a concessão de uma medida cautelar típica sem a observância dos respectivos requisitos, estar-se-ia, por vias transversas, reconhecendo-se a inutilidade desta; e, de outro lado, que não a permitir traria ineficácia ao poder geral de cautela.

De duas uma: ou a cautelar típica pode ser concedida com base no poder geral de cautela, sem a presença dos requisitos específicos ditados

⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Fungibilidade de 'meios': uma outra dimensão do princípio da fungibilidade*. In: _____; NERY Jr., Nelson (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001, p. 1090-1144.

pela lei, bastando, para tanto, a presença de *fumus boni juris* e do *periculum in mora*; ou, ao revés, o poder geral de cautela não serve, nem mesmo subsidiariamente, às cautelares típicas, de forma que não preenchidos os requisitos exigidos pela lei, não haverá tutela cautelar alguma.

Para resolver referida questão, faz-se necessário, além da utilização dos princípios constitucionais do processo civil, ponderar os bens em jogo, e quando o caso concreto assim o exigir, deve o juiz conceder, com base no seu poder geral de cautela, pois, do contrário, resultaria em negativa de prestação jurisdicional.

Por oportuno, frisa-se que os requisitos previstos na lei para a concessão das cautelares típicas devem ser encarados como um norte para o julgador e não como um limite na sua atuação.

De outro lado, menciona-se a possibilidade de o juiz, a pedido ou de ofício, substituir a medida cautelar por caução ou outra garantia, desde que suficiente e idônea, nos termos do artigo 805 do Código de Processo Civil.⁶⁵

Não se pode deixar de apreciar a fungibilidade em relação à tutela cautelar e à antecipação de tutela, o que está previsto, inclusive, no art. 274, § 7º, do Código de Processo Civil.

⁶⁵ **Art. 805** - A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente. (Alterado pela L-008.952-1994)

Nesse aspecto, há muita polêmica quanto à chamada “fungibilidade de mão dupla”, vez que o artigo acima mencionado permite a concessão de tutela cautelar, desde que preenchidos os requisitos, ainda que o autor tenha formulado um pedido de antecipação de tutela. Porém, não há menção acerca da hipótese contrária, ou seja, a concessão de antecipação de tutela, quando formulado um pedido cautelar.

Contudo, sem dispor de maiores argumentos, por óbvio que se a regra prevista no artigo 273, § 7º, do Código de Processo Civil, permite a possibilidade de concessão de cautelar quando requerida uma tutela antecipada, parece claro que também permitiu a concessão da antecipação da tutela quando requerida a cautelar. Inclusive, referida fungibilidade deve ser aplicada também na cautelar preparatória.

Conclui-se que o objeto do referido artigo é fazer com que, em situações de controvérsia, na quais seja difícil de reconhecer a modalidade de tutela, o direito da parte não seja sacrificado.

4- TUTELA ANTECIPATÓRIA

4.1- Generalidades do artigo 273 do Código de Processo Civil

Na atualidade, verifica-se uma certa flexibilização das idéias de certeza e segurança em relação ao processo civil tradicional, devido às tendências utilizadas com o objetivo de cada vez mais satisfazer os interesses do jurisdicionado.

Nesse sentido, com propriedade, preconiza Arruda Alvim:

Devemos fazer um parêntese, para surpreender uma modificação, em parte, do tipo de lógica e de argumentação de que está servindo o processo nos dias, em que é perceptível o descarte da *certeza* e da *segurança* absolutas, tais como eram assumidas pelo processo *clássico* ou *tradicional*.⁶⁶

Assim, pode-se citar o poder geral de cautela como evolução da concepção de segurança jurídica, pois referido instituto concede uma liberdade ao magistrado para determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, conforme reza o artigo 798 do Código de Processo Civil.⁶⁷

Como se não bastasse essa evolução acerca da segurança jurídica, insta salientar que as medidas cautelares prestigiam o princípio da efetividade do acesso ao Judiciário. Contudo, em que pese a necessidade de reconhecimento da efetividade, não se pode deixar que ocorram as situações irreversíveis, até mesmo porque, caso isso ocorra, restaria explicitamente

⁶⁶ Arruda Alvim, *Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo*. In: *Revista de processo* n. 99, São Paulo: RT, 2000, p. 30.

⁶⁷ **Art. 798** - Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

violado o direito à bilateralidade da audiência e à ampla defesa, inseridos no princípio constitucional do devido processo legal.

Nesse sentido, quando do momento da análise para a concessão ou não dos efeitos da tutela guerreada, faz-se necessária a análise do princípio da proporcionalidade, o qual deve servir como norte para a concessão ou não da medida concedida.

Assim já decidiu o Tribunal de Justiça de Curitiba:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – LIMINAR INDEFERIDA – “PERICULUM IN MORA” INVERSO – PROPORCIONALIDADE DO DANO – APELAÇÃO DESPROVIDA. Os requisitos da concessão da liminar em ação civil pública devem sempre ser analisados em consonância com o requisitos de não produção, com a decisão, do “periculum in mora” inverso, consistente exatamente na produção do perigo de dano irreparável à outra parte. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo qual deve-se perquirir se o dano do réu com a efetivação da medida não será maior que o do autor, se a medida não for concedida” (TAPR – AI 148263300 – (10281) – Campo Mourão – 5 C. Cível – Rel. Juiz Conv. Marques Cury – DJPR 18.2.00).

Arrendamento mercantil - Obrigação de fazer - Antecipação da tutela concedida afim de que a ré libere gravame existente sobre veículo da autora no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 200,00 - Presença dos requisitos autorizadores da antecipação de tutela - Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade observados - Recurso desprovido. Processo: 5596333620108260000 SP - Relator(a): Cesar Lacerda - Julgamento: 20/01/2011 - Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado - Publicação: 01/02/2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO CONCESSIVA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO – PLEITO DE REFORMA DA DECISÃO MONOTRÁTICA – IMPROCEDÊNCIA ARGUMENTATIVA – RECURSO DESPROVIDO. Na aplicação da medida prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil impõe-se que o julgador lastreie-se no princípio da proporcionalidade entre os bens jurídicos em cotejo ofertando a tutela para afastar a possibilidade de que o bem maior feneça diante do potencialmente menor” (TAPR – AI 150837-4 – (10752) – 7 C. Cível – Rel. Juiz Eduardo Fagundes – DJPR 19.5.00);

Com base nessa discussão, não se pode olvidar que a antecipação da tutela é uma medida excepcional, haja vista que a regra é a de que os efeitos da sentença só se farão presentes depois de amplamente garantida a bilateralidade de audiência, tendo o juiz, ademais, cognição exauriente da causa.

Em suma, somente em situações específicas é que será possível a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, como, por exemplo, risco iminente de perda do possível direito do autor; se ficar caracterizado abuso do direito de defesa ou comportamento protelatório do réu.

Destarte, é o mesmo entendimento para a concessão da antecipação da tutela jurisdicional em relação aos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

Feitas essas considerações, passa-se à análise do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Tanto no inciso I quanto no inciso II do art. 273 Código de Processo Civil, inobstante a exigência da prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado, faz-se necessário também o *periculum in mora*, exteriorizável por fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Nas lições do Professor Cândido Rangel Dinamarco, ao se unir as expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança”, ambas conduzem à idéia de probabilidade, idéia esta em que o magistrado deve ficar limitado.⁶⁸

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, 5 ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 145.

Já a respeito do § 6º do artigo 273 é possível dizer que ele não trata de antecipação dos efeitos da tutela, mas sim de um julgamento antecipado parcial da lide.

Por derradeiro, salienta-se que mesmo o provimento jurisdicional que antecipa a tutela implica nos efeitos da própria decisão final, que deverá sempre ser considerada como interlocutória, tendo como forma de impugnação o recurso de agravo de instrumento e não retido, até mesmo porque não haveria interesse recursal na interposição de agravo sob a forma retida.

4.1.1- Art. 273, “*caput*”, inciso I, inciso II e § 6º do CPC

Para que possa ocorrer a antecipação da tutela, o juiz precisa ter uma maior certeza quanto aos fatos do que para a mera concessão de uma medida cautelar.

Para que seja concedida a antecipação de tutela o juiz também precisa entender que há prova inequívoca da verossimilhança dos fatos alegados, idéia que se aproxima, em grau de certeza quanto aos fatos, da “relevância dos fundamentos do pedido”, necessária à concessão de medidas liminares em mandado de segurança.

A prova inequívoca se refere aos fatos, contudo, diferentemente do que ocorre em sede de mandado de segurança, ela não precisa ser exauriente, tanto é verdade que se admite audiência de justificação prévia (art. 461, § 6º, aplicável no âmbito do art. 273, ambos do Código de Processo Civil. Pode-se

dizer que a prova inequívoca indicaria a convicção num sentido, mas com dúvidas.

Sobre o assunto, expõe Joel Dias Figueira Júnior⁶⁹:

O que interessa mesmo é que até o momento específico da prolação do *decisum* de acolhimento da tutela, a prova produzida apresente-se suficientemente forte para que o magistrado forme um *juízo* de *quase-verdade* ou *quase-certeza*, tendo-se em conta os efeitos diretos e reflexos que advirão em termos práticos da concessão da medida satisfativa, nada obstante interinal.

Nos dizeres de Barbosa Moreira, prova inequívoca seria: “a prova que não seja equívoca, isto é, prova à qual se possa atribuir um único sentido”.⁷⁰

Além da prova inequívoca, a pretensão precisa ser verossímil, podendo entender referido conceito como uma prova muito boa, conquanto não necessariamente exauriente e a afirmação de direito daquele que pede a tutela bastante plausível.

Além desses dois requisitos previstos no *caput* (prova inequívoca da verossimilhança dos fatos alegados), devem estar presentes também, alternativamente, os requisitos previstos ou no inciso I ou no inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil, a saber:

- (i) Deve haver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação;
- (ii) Deve ficar caracterizado o abuso de defesa ou o intuito protelatório por parte do réu.

⁶⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 4, Tomo I, São Paulo: RT, 2001, p. 181.

⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas*. In: *Temas de direito processual*, 8 Séria, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 80.

No inciso I, tendo em vista seu objetivo ser o resultado útil do processo, pode-se dizer que está presente o elemento “cautelaridade”

Em se tratando do mesmo inciso, pode-se dizer também que o *periculum in mora* nele previsto é similar ao *periculum in mora* cautelar. Contudo, o inciso I do art. 273 trata do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, ao passo que o *periculum in mora* cautelar representa o risco de que o processo principal, enquanto instrumento, mostre-se ineficaz. Por isso, Calamandrei falava na cautelar como “instrumento do instrumento”.⁷¹

Já o art. 273, inciso II, do Código de Processo Civil, tem por fim coibir o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Verifica-se que ambas as expressões compreendem atos prejudiciais ao regular desenvolvimento do processo, motivo pelo qual uma ou outra, em conjunto com o art. 273, *caput*, permite a antecipação dos efeitos da tutela antecipada.

Destarte, considera-se abuso do direito de defesa o litigante que não obedece aos incisos III e IV do art. 14 do Código de Processo Civil.

Para Nelson Nery e Rosa Nery, somente seria possível identificar o abuso do direito de defesa a partir do comportamento dos réus fora do processo. Inclusive, referidos autores citam como exemplo o réu que apresenta inúmeras evasivas e respostas, pleiteando prazo para o

⁷¹ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, Campinas: Servanda, 2000, p. 42.

adimplemento de certa obrigação, quando notificado diversas vezes para cumpri-la.⁷²

De outra banda, Athos de Gusmão Carneiro afirma:

O propósito protelatório do réu e/ou abuso do direito de defesa em certo processo pode igualmente revelar-se pelo confronto com sua atitude em “outro processo”, onde havia sustentado determinados fundamentos de fato ou de direito; todavia, no processo conexo, adota argumentação antagônica, sem justificar devidamente tal descompasso.⁷³

Já a segunda parte do inciso II pode ser classificada como manifesto protelatório do réu os atos ou omissões praticados com o objetivo único e exclusivo protelatório.

Como já dito anteriormente, não basta somente o preenchimento de algum dos comportamentos previstos no art. 273, inciso II, do CPC, mas também a presença dos requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações.

No mais, salienta-se que ao analisar o abuso do direito de defesa ou o intuito protelatório por parte do réu, com os artigos 130 e 330, ambos do CPC, depreende-se que o exercício do direito de defesa deve ser usado de uma forma séria e responsável, mas também não pode ser exercido de modo abusivo ou com propósito protelatório.

Por fim, passas-se à análise do artigo 273, § 6º, do CPC, que determina:

⁷² Nelson Nery Junior e Rosa Nery. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 458.

⁷³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 6 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 37.

“A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.”

Importante mencionar que por se tratar de julgamento antecipado parcial, imperioso que se ouça o réu previamente.⁷⁴

Ademais, referido parágrafo não pode ser considerado exatamente como forma de antecipação de tutela, mas sim de julgamento antecipado parcial da lide, em relação aos pedidos incontroversos.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu:

O novo preceito do parágrafo 6, do art. 273 não deve ser interpretado como somente tendo acrescentado aos itens I e II do art. 273 mais uma hipótese para concessão da tutela antecipada. Já era admissível este entendimento, quando inválida a defesa por evidenciado seu abuso (art. 17 CPC). Por não ter produzido eficácia o ato, sendo a defesa processual nula, privado o ato de efeito, resta configurada a situação de pedido incontroverso. Isto é, entender o parágrafo 6 comentado como hábil só para concessão da tutela antecipada, só confirma o que antes já era admitido no ordenamento jurídico. A inovação deve ser recebida com maior alcance. O intérprete deve ter o espírito aberto aos reclamos sociais, em favor de processo prático e célere. Se a hipótese é de ausência de controvérsia, o resultado em termos de cognição, não é superficial. Resta evidenciado o direito, ante a postura negativa de contrariedade. O caso é de ‘julgamento antecipado’. (...). O processo, como instrumento da jurisdição, em função teleológica de dar direito a quem tem, pacificando conflito, ou como ‘procedimento sob regime de contenciosidade’ (Fazzalari), não tem cumprido a promessa constitucional (art. 5, XXXV CF) de dar acesso efetivo à justiça a quem pede. Na lida deste objetivo inúmeras alterações tem acolhido o Código de Processo Civil. A inovação comentada deve ser recebida, com este sentido, instituindo a hipótese de julgamento antecipado da parte do processo sem lide. (TJ/SP, AI n. 394.662-4/5-00, 9 Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador José Luiz Gavião de Almeida, j. 07/06/2005).

Em se tratando de fatos incontroversos, não poderia deixar de citar que a ausência de contestação gera a presunção de veracidade dos fatos não

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, 8 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 344.

impugnados, isto é, desde que não haja o reconhecimento das excludentes do art. 320, incisos I e III, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, esclarece-se que o juiz não está limitado a dar fatos absolutamente não plausíveis por verdadeiros, em razão da simples circunstância de ausência de contestação.

Contudo, inobstante a existência do instituto da revelia com a aplicação de seus efeitos, qual seja, presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte, isso não basta para a ocorrência automática de julgamento antecipado da lide em favor do autor, como, por exemplo, pode-se citar se o autor for carecedor da proposta, oportunidade em que o juiz deverá agir de ofício, conquanto não tenha havido contestação.

Todavia, diferentemente do alegado acima, há autores como Athos de Gusmão Carneiro, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Wambier, os quais sustentam que o parágrafo 6º do art. 273 trata de hipótese de antecipação de tutela e não de julgamento parcial da lide.⁷⁵

4.2- Momento da antecipação de tutela

Não há regra específica determinando qual seria o momento processual correto para a concessão da antecipação de tutela.

Igualmente, não há que se falar também em preclusão acerca do requerimento de antecipação de tutela, haja vista que esta pode ser requerida

⁷⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 3. Ed., São Paulo: RT, 2005, PP. 170-171; FERREIRA, Willian Santos, *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 204.

tanto no início quanto no decorrer do processo, bastando verificar a necessidade do elemento urgência.

Como dito acima, não podemos falar em preclusão, mas sim dizer que o momento em que foi pedida a antecipação de tutela é denotativo de que o *periculum in mora* essencial à concessão da medida não se faz presente, não sendo, portanto, caso de deferi-la (quando fundado o pedido no inciso I do art. 273).⁷⁶

Por sua vez, se o autor pode pedir a tutela antecipada em qualquer momento do processo, com base no artigo 273, inciso I, do CPC, com muito mais razão, poderá pedir também no curso do processo a antecipação de tutela, nos termos do artigo 273, inciso II, do CPC, até mesmo porque após a apresentação da defesa é que poderão estar configurados os pressupostos autorizadores desse inciso.

Ademais, a antecipação de tutela poderá ocorrer tanto antes da oitiva do réu, bem como por decisão interlocutória no curso do processo, desde que, por óbvio, os motivos ensejadores dessa antecipação estejam presentes.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 520, VII, DO CPC, INOCORRÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. A doutrina e jurisprudência vêm admitindo a antecipação dos efeitos da tutela na sentença, afastando-se, no momento do recebimento da apelação, o efeito suspensivo com relação a essa parte do decisor. Precedentes do STJ: (Resp 648.886/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 06/09/04).

⁷⁶ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, PP. 91-92.

Igualmente, determina Joel Dias Figueira Júnior que se a tutela interinal é *antecipada*, significa dizer, em outras palavras, que a proteção jurisdicional pretendida pelo autor haverá de ser concedida antes do momento ordinariamente previsto.⁷⁷

Feitos esses apontamentos, conclui-se que se é possível ao juiz antecipar mediante decisão interlocutória, e após cognição sumária da demanda, os efeitos da sentença, com muito mais razão também é possível haver a antecipação, se o juiz, após cognição exauriente, está apto a prolatar sentença.

Desta feita, verifica-se que a tutela pode ser antecipada em qualquer fase do processo, no seu curso, na sentença, ou mesmo depois da sentença, se pendente de apelação.

4.3- Características específicas da tutela antecipada

4.3.1- Prova inequívoca e verossimilhança do alegado

Em que pese os apontamentos já realizados no item 4.1.1, é oportuno fazer breves ponderações novamente.

Conforme preconiza o artigo 273, *caput*, um dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada seria a prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação.

⁷⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 4, Tomo I, São Paulo: RT, 2001, p. 168.

Para o professor Cássio Scarpinella Bueno:

O adjetivo 'inequívoca', portanto, relaciona-se ao substantivo 'prova'; a 'verossimilhança' é da 'alegação'. Basta isso para afastar críticas comuns ao texto do art. 273 no sentido de que o legislador teria aproximado duas situações inconciliáveis entre si (em termos de convencimento, não há dúvidas de que 'verossimilhante' está em grau inferior a 'inequívoco'). É a prova que é inequívoca (prova contundente, prova bastante, prova forte, prova muito convincente por si só, independentemente da apresentação de outras), e, como toda e qualquer prova, ela nada mais é do que um meio para convencer o magistrado de algo" (Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4, p. 13).

Igualmente, o mesmo doutrinador afirma:

O melhor entendimento para a expressão 'prova inequívoca' é o de tratar-se de prova robusta, contundente, que dê, por si só, a maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato e de suas consequências jurídicas⁷⁸

Já em relação à verossimilhança, trata-se de uma idéia de aparência de verdade, encerrando um juízo de probabilidade do direito pretendido.⁷⁹

Assim sendo, ao analisar ambas as expressões concomitantemente, verifica-se que para a concessão da antecipação da tutela se exige uma prova robusta, segura, da qual decorra uma forte probabilidade do direito alegado.

A doutrina majoritária se baseia no argumento de que para a concessão da tutela cautelar a cognição é realizada apenas para verificar a plausibilidade e o risco da demora; por sua vez, na antecipação de tutela o juízo de probabilidade é feito com o fim de se entregar desde logo o bem da vida do autor.

⁷⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. São Paulo: Saraiva, 2009, 4, p. 12).

⁷⁹ FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*, p. 141-146

Destarte, tendo em vista que a tutela antecipada implica na satisfação do interesse material, justifica-se, segundo a doutrina majoritária, a diferenciação em graus com relação à cognição para a concessão da cautelar e da tutela antecipada.

Contudo, para que esse grau possa ser determinado, parece que o mais correto seria analisar o caso em concreto, antes de uma análise de simples constatação de sua natureza cautelar ou antecipatória.

Igualmente, em se tratando de tutelas de urgência, o diferencial para a concessão ou não da tutela pretendida reside precipuamente no *periculum in mora*, devendo referido requisito ser considerado como imprescindível.

Corroborando com a tese da análise do caso em concreto, bem como com o requisito do *periculum in mora*, oportuno salientar que tanto na cautelar quanto na tutela antecipada, a análise é sumária.

Evidente que os parâmetros utilizados pela doutrina majoritária para estabelecer uma diferenciação entre o *fumus* da cautelar e o da antecipação (*fumus* mais veemente para as medidas antecipatórias; juízo de plausibilidade na cautelar e de probabilidade na tutela antecipada), baseia-se num critério eminentemente subjetivo⁸⁰.

Desta feita, quando maior o “*periculum*” evidenciado, menor o “*fumus*” a ser exigido para a concessão da tutela de urgência pretendida.

⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. Editora Malheiros, 3ª Edição, p. 63.

4.3.2- Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

A doutrina predominante não estabelece distinção entre o *periculum in mora* e o “dano irreparável ou de difícil reparação” previsto no art. 273, inciso I, do Código de Processo Civil.

Deste modo, válidas as considerações feitas no item 4.1.1.

A antecipação de tutela do art. 273, inciso I, do CPC, e a cautelar destinam-se a assegurar o resultado útil do processo. Há perfeita identificação funcional entre ambas, as quais estão essencialmente ligadas ao *periculum in mora*. Reside aqui o elemento da *urgência* que justifica a tutela cautelar e a antecipatória. Não é por outra razão que ambas estão catalogadas no mesmo gênero das tutelas de urgência.

Nesse sentido, é a lição do ilustre professor Cândido Rangel Dinamarco:

Como ficou claro e notório, o elemento comum de maior significado, existente entre as medidas cautelares e as antecipatórias de tutela, é a destinação, que ambas têm, a servir de armas na luta contra a corrosão de direitos por ação do tempo. Daí serem elas enfeixadas na categoria das medidas de urgência, ou seja, medidas a serem outorgadas no mais curto lapso de tempo possível, muito mais rapidamente que a tutela jurisdicional plena e definitiva. Tanto a umas quanto a outras aplica-se a sábia lição de Calamandrei, de que provimentos cautelares visam sobretudo a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde, com a necessária ponderação, nas sossegadas formas do procedimento ordinário.⁸¹

⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. Editora Malheiros, 3ª Edição, p. 62.

Desta feita conclui-se, portanto, que há identidade quanto aos requisitos *autorizadores* para a concessão das tutelas sumárias de urgência, seja pela técnica da cautelar, seja pela técnica da antecipação da tutela. Tanto numa, quanto noutra, tais requisitos são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, com a necessária ressalva de que é o *periculum in mora* o “fiel da balança” para a concessão da tutela de urgência, de forma que quanto maior o “*periculum*” evidenciado, menor o “*fumus*” a ser exigido para a concessão da tutela de urgência pretendida.

5- SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

5.1- Generalidades – diferenças

Os provimentos cautelares, bem como as decisões antecipatórias de tutela, possuem o mesmo berço constitucional, conforme aponta Teori Albino Zavascki.⁸²

A antecipação de tutela, com base na urgência, assim como as medidas cautelares, visam dar efetividade ao princípio constitucional do acesso à Justiça (CF, art. 5º, inciso XXXV) e, em última análise, ao princípio do devido processo legal.

Tanto a tutela cautelar quanto a antecipação de tutela, quando calcadas no art. 273, inciso I, do Código de Processo Civil, podem-se dizer subespécies de um gênero maior a que se pode denominar de tutelas de urgência. Desde já, salienta-se que o que há de comum a ambos os casos é que o magistrado, com base em cognição sumária do caso,⁸³ profere uma decisão de caráter provisório, que tem por escopo garantir a efetividade do processo, como expõe com notável clareza Bedaque: “Todas as tutelas sumárias são precedidas de cognição não exauriente. Trata-se de elemento comum a todas

⁸² ZAVASCKI, Teori. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*, In: Revista de Processo, n. 82, p. 59.

⁸³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, 3 ed., São Paulo: dpj, 2005, PP. 145-148 a cognição sumária é menos aprofundada no sentido vertical. Segundo o autor, o grau máximo de probabilidade é excessivo e inútil ao fim a que se destina essa modalidade de cognição, visto que ela representa “mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza”.

elas, cuja função é impedir que o tempo de duração do processo possa comprometer sua efetividade.”⁸⁴

Tanto a liminar antecipatória da tutela, assim como a liminar cautelar, são decisões eminentemente provisórias, proferidas após cognição sumária e, portanto, não devem dar ensejo a situações irreversíveis.

Se há características, que serão analisadas posteriormente, pode-se mencionar também as diferenças existentes entre ambas.

A tutela antecipada é marcada pelo seu cunho eminentemente satisfativo.

Por sua vez, as cautelares têm por escopo proporcionar segurança, garantidora da eficácia futura da decisão, marcadas pela referibilidade, isto porque dizem respeito a um outro processo, dito principal.

Outrossim, não se revestem do cunho de satisfatividade numa acepção mais estrita, por exemplo, a determinação de arresto do patrimônio do devedor, pois o magistrado, ao deferir referido pedido, objetivará garantir a execução, com a eficácia da sentença que será proferida.

Desta feita, a sentença proferida no processo cautelar, não visa à entrega do bem da vida em disputa a qualquer das partes e, por isso, não se reveste da autoridade da coisa julgada material, salvo a hipótese prevista na parte final do artigo 810 do Código de Processo Civil, que se refere ao

⁸⁴ 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. 121.

acolhimento, no bojo da cautelar, da alegação de prescrição ou de decadência.

Por seu turno, as decisões antecipatórias de tutela se satisfazem também num sentido mais estrito, pois por meio da liminar antecipatória de tutela são trazidos para um momento inicial do processo efeitos que normalmente só se fariam sentir quando da prolação da sentença, desde que essa não fosse impugnável por recurso dotado de efeito suspensivo.

No entanto, num sentido ainda mais restrito do termo “satisfatividade”, cumpre que salientar que as decisões antecipatórias de tutela não satisfazem. Trata-se da acepção segundo a qual a satisfatividade só se dá quando o juiz declara o direito da parte como foros de definitividade. Exatamente porque a antecipação da tutela é, por excelência, provisória e não deve gerar uma situação fática irreversível, é que nesse sentido mais restrito a antecipação da tutela não se pode dizer satisfativa.

Conclui-se, portanto, que a parte que busca a tutela cautelar, como no exemplo citado do arresto, tem receio de que a decisão proferida no processo principal não lhe seja útil, porque, por exemplo, o devedor possa, quando do momento do cumprimento da decisão, ter se desfeito indevidamente do seu patrimônio.

Assim, as cautelares resguardam diretamente a eficácia da decisão a ser proferida no processo principal, que, em si mesma, corre o risco de não vir a ter utilidade na ordem empírica. Através das cautelares, colima-se, pois,

manter determinada situação fática, para que a sentença final não se torne inútil ao vencedor da demanda.

Por outro lado, aquele que pretenda a tutela antecipada, nos termos do artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil, também pretende urgência na decisão, mas não porque essa possa ser inútil no futuro, ou seja, quando for proferida após cognição exauriente, mas sim pelo lapso de tempo necessário a que a decisão final seja proferida, decorrente da demora inerente ao trâmite normal do processo, que certamente levará a danos irreparáveis ou de difícil reparação lhe tenham ocorrido no plano empírico.

Nesse sentido, pode-se citar como exemplo o pleito de exclusão do nome da parte autora dos cadastros de proteção ao crédito, em que se está discutindo a inexistência da dívida que levou o autor a ser incluído em ditos cadastros.

Para se verificar com maior facilidade as diferenças entre as tutelas de urgência, basta analisar as diferentes finalidades das tutelas. Assim, para a maior compreensão acerca das diferenças existentes, o legislador se utilizou de técnicas distintas, pois no caso da cautelar, basta preservar o *status quo*. Como exemplo já citado, menciona-se o arresto decretado sobre determinado patrimônio. Em verdade, esse não se torna inalienável, mas o credor poderá, mais facilmente, reavê-lo da mão de quem estiver.

Por sua vez, no caso da antecipação da tutela, são trazidos para um momento preambular do processo os efeitos da sentença, com o objetivo de evitar que o autor sofre, ao longo do trâmite processual, durante o lapso de

tempo imprescindível para que o juiz possa ter cognição exauriente do caso e proferir sentença, danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Nesse sentido, vale trazer à baila os ensinamentos do doutrinador Ernane Fidélis dos Santos:

A antecipação, na verdade, não se confunde com a medida cautelar. A cautela, que tem sentido publicista, por garantir, em primeiro plano, a própria eficácia do processo, é de natureza instrumental e não se identifica com a medida satisfativa solicitada no processo acautelado⁸⁵.

Há, ademais, uma clara distinção procedimental entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela. Nas palavras do ilustre doutrinador Bedaque:

Antecipação de tutela, denominada de medida provisória satisfativa, e a tutela cautelar deve ser feita em função do regime procedimental a que cada uma delas está sujeita. A antecipação pode ser deferida no próprio processo cognitivo, enquanto a cautelar dependeria de “ação própria” (isto é, deve, em princípio, ser requerida em procedimento autônomo)⁸⁶.

5.2- Cautelares e antecipação de tutela – semelhanças

5.2.1- Revogabilidade

Por óbvio, desde que haja alteração na situação fática, verifica-se a possibilidade da revogação tanto da cautelar quanto da tutela antecipada deferida.

⁸⁵ SANTOS, Ernane Fidélis. *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1999, p. 25.

⁸⁶ BEDAQUE Joé Roberto dos Santos. *Tutelas cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 4. Ed., São Paulo: Malheiros, 006, p. 310, destaques nossos.

Em relação à tutela cautelar, fica evidente que esta não tem por objeto a imutabilidade, haja vista que não decide a lide de forma definitiva, o que fica reservado tão somente ao processo principal. Conforme já dito anteriormente, disso decorre a afirmativa de que no processo cautelar a sentença não faz coisa julgada material, salvo raras exceções, como no caso de prescrição ou decadência, conforme preconiza o art. 810 do Código de Processo Civil. Por oportuno, aproveita-se o momento para mencionar a segunda parte do art. 807 do Código de Processo Civil, ao afirmar que as medidas cautelares “podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

Por sua vez, a tutela antecipada, inobstante proceda ao adiantamento dos efeitos práticos do provimento final, não o faz mediante juízo de certeza, mas de plausibilidade, e justamente por isso não se presta a solução final do litígio. Assim como ocorreu na cautelar, a tutela antecipada traz a mesma regra acerca da possibilidade de modificação ou revogação no parágrafo 4º do art. 273 do CPC.

Em que pese o exposto acima, isso não autoriza que a qualquer tempo ou até mesmo em qualquer situação a medida de urgência proferida possa ser revogada.

Assim, para explicar a informação mencionada no parágrafo acima, será abordada a tutela cautelar concedida em sede liminar, cuja regra é idêntica, em tudo, para a antecipação de tutela.

A tutela cautelar tem como requisitos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao passo que a tutela antecipatória necessita da prova inequívoca da verossimilhança da alegação.

Desta forma, havendo alteração no estado de coisas vigente ao tempo da concessão da medida, ou seja, alteração no *fumus* ou no *periculum*, verifica-se a possibilidade de se alterar ou revogar a decisão. Caso seja mantida a situação, ou seja, não haja modificação no *fumus* nem mesmo no *periculum*, não está o juiz autorizado a modificar ou revogar a medida.

Referida hipótese ganha força, em especial, em se tratando de liminar, pois esta é deferida não só numa cognição sumária, mas numa cognição sem a participação do réu e deu seu ingresso no processo, a partir das alegações e provas feitas na petição inicial ou nas provas produzidas unilateralmente pelo autor na audiência de justificação.

Entretanto, conforme dito acima, discute-se no presente momento a possibilidade ou não de o juiz modificar ou revogar a liminar proferida em processo cautelar ou a antecipação da tutela, independentemente de recurso e sem que tenha havido modificação no estado fático ou probatório.

Referida questão é controvertida, porém, para que ocorra a possibilidade de modificação ou revogação da medida liminar, imperioso o surgimento de novos elementos que revelem o não cabimento da medida, sob pena de a atividade jurisdicional tornar-se arbitrária e imprevisível.

5.2.2- Provisoriedade

Inicialmente, cumpre mencionar que tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada não estão amparadas num juízo de certeza do direito, bastando, para sua concessão, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris* (para a cautelar) e *prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação* (para a tutela antecipada), ambas advindas de uma cognição não exauriente. E assim, pode-se concluir que justamente por causa da cognição sumária, ambas não teriam vocação para a definitividade.

Outrossim, não se pode olvidar que a provisoriedade tanto da tutela cautelar quanto da antecipação de tutela está intimamente atrelada à decisão definitiva, a qual irá substituí-las, assim, novamente, demonstra-se a necessidade da ausência de definitividade.

O marco principal da provisoriedade da tutela cautelar está explícito no fato de esta estar fadada a produzir efeitos somente até que sejam produzidos os efeitos da tutela principal.

Desta feita, caso o pedido da ação principal venha a ser julgado improcedente, por consequência lógica, a tutela cautelar ficará prejudicada. Do contrário, se julgada procedente, os efeitos da cautelar restarão absorvidos pelos efeitos da ação principal.

Da mesma maneira ocorre com a tutela antecipada, salvo no fato de que na cautelar a tutela definitiva se dá noutro processo, dito como principal,

ao passo que na antecipação da tutela a decisão substitutiva é proferida no mesmo processo.

Deste modo, valendo-se da distinção entre provisório e temporário, pode-se afirmar que a tutela cautelar e a tutela antecipatória são provisórias e não propriamente temporárias, na medida em que seus efeitos tendem a durar não por um prazo determinado, mas até que outra tutela as substitua. A superveniência de outro provimento, portanto, é o critério para sua cessação e não o tempo.

Portanto, conclui-se que a provisoriedade da tutela de urgência é bifronte: de um lado, está plasmada uma cognição sumária e, justamente por isso, havendo modificação da cognição pode ser revogada e/ou modificada; de outro, porque está fadada a ser substituída por uma tutela definitiva.

5.2.3- Sumariedade da cognição

A cognição, tanto na tutela cautelar, quanto na antecipação de tutela, no campo da averiguação quanto ao direito material, está limitada à verificação de plausibilidade, daí a menção a um juízo de cognição menos aprofundado verticalmente nas precisas palavras de Kazuo Watanabe.⁸⁷

É o que se permite ao juiz conhecer no plano da cognição cautelar, na medida em que a “certeza” necessária à declaração do direito refoge aos limites desta lide, ficando reservada ao processo de conhecimento.

⁸⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, São Paulo: Ed. Saraiva, p. 123.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina defendem com precisão que “sumariedade da cognição, como se disse antes, está no que é permitido conhecer no decorrer do processo, e não no que é efetivamente conhecido. Pode ocorrer que, embora se esteja diante de procedimento que permita a realização de cognição plena e exauriente, a parte não faça todas as alegações que lhe seria lícito fazer e, ainda assim, a decisão será acobertada pela coisa julgada, mesmo em relação às alegações e defesas que poderiam ter sido realizadas, mas não o foram” (cf. art. 474, do CPC).

Portanto, na medida em que se exige do juiz o desenvolvimento de uma cognição exauriente e profunda, com possibilidade de amplo debate e verificação de todos os fatos alegados, seria totalmente incompatível com a urgência que se presume para a adoção das tutelas de urgência.

Destarte, a cognição sumária nada mais é do que o fato de o juiz tomar conhecimento de parte dos fatos de maneira superficial com que a atividade cognitiva se desenvolve.

Noutras palavras, inobstante tratar-se de cognição sumária, a avaliação do magistrado comportará graus diferentes de intensidade e profundidade.

Nesse sentido, ensina Kazuo Watanabe:

A convicção do juiz, na cognição sumária, apresenta todos esses graus. Deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especificidade do caso concreto. Em razão da declaração de sua certeza, o grau máximo de

probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina.⁸⁸

A título de ilustração, pode-se mencionar como exemplo a decisão liminar *inaudita altera parte*, hipótese em que a cognição é ainda mais rarefeita do que aquela havida após o exercício do contraditório, embora ambas estejam pautadas pela sumariedade.

Por fim, cabe frisar que a cognição sumária, embora característica da tutela cautelar, não é exclusiva dela. À técnica da cognição sumária, cautelar ou não, contrapõe-se a técnica da cognição exauriente, que, em razão da profundidade e extensão, tem a qualidade de se tornar imutável, em virtude da coisa julgada.

5.3- Fungibilidade entre as tutelas de urgência

A fungibilidade entre as tutelas de urgência está prevista no artigo 273, parágrafo 7º, do Código de Processo Civil, a saber:

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Por oportuno, salienta-se que referido dispositivo veio auxiliar não somente os advogados, mas também o magistrado, haja vista que permite ao juiz, expressamente, deferir a tutela de urgência sem ficar preso a um rigor técnico classificatório.

⁸⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, São Paulo: Ed. Saraiva, p. 128.

Observa-se que a doutrina tradicional, antes mesmo da redação do parágrafo do artigo acima mencionado, já admitia a fungibilidade.

Nesse sentido, é a lição do doutrinador Humberto Theodoro Junior:

É reiterado o entendimento jurisprudencial de que não é pelo rótulo, mas pelo pedido formulado, que se deve admitir ou não seu processamento em juízo; assim como é pacífico que não se anula procedimento algum simplesmente por escolha errônea de forma. Ora, tanto na tutela cautelar como na antecipatória, a parte pede uma providência urgente para fugir das consequências indesejáveis do período de dano enquanto pendente o processo de solução de mérito. E o que distingue o procedimento de um outro pedido de tutela de urgência é a circunstância formal de que o pedido cautelar deve ser processado à parte do feito principal enquanto o pedido antecipatório se dá dentro do próprio processo de mérito. Formular, portanto, um pedido de natureza antecipatória ou outro de natureza cautelar em desacordo com o procedimento traçado pela lei processual, como, por exemplo, uma medida antecipatória em petição separada, sob o rótulo de medida cautelar atípica, não passa de simples equívoco formal ou procedimental. (*Tutela jurisdicional de urgência*, p. 21).

Verificando referido dispositivo, depreende-se que o magistrado, além da discricionariedade de poder deferir a tutela de urgência sem ficar preso a um rigor técnico classificatório, conforme dito acima, pode também conceder uma medida cautelar, em caráter incidental, ao processo ajuizado, quando presentes os seus pressupostos, mesmo que o pedido tenha sido rotulado de antecipação de tutela.

Nas palavras do professor José Roberto dos Santos Bedaque:

Aliás, a adoção da fungibilidade constitui demonstração inequívoca da identidade substancial entre ambas as modalidades de tutela de urgência e provisória, posição aqui defendida e objeto de muitas críticas da doutrina processual⁸⁹.

⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 382).

Para o Professor Cássio Scarpinella, o que importa é tutelar a urgência, sendo indiferente qual a técnica que será utilizada:

É desejável ir um pouco além. O Art. 273, parágrafo 7, quando analisado no seu devido contexto, nem sequer deve ser entendido como um caso de fungibilidade da 'tutela antecipada' em 'tutela cautelar' ou o contrário. À luz do 'modelo constitucional do processo civil' – e é este, vale a ênfase, o contexto adequado de exame do dispositivo legal-, a hipótese aproxima-se muito mais a uma indiferença de técnicas processuais. Tanto faz qual a técnica a ser empregada pelo jurisdicional e pelo magistrado para, diante de cada caso concreto, tutelar (proteger) adequadamente (imunizar) situação de ameaça, pressuposto comum entre uma e outra técnica como demonstrada o n. 4 *infra*” (*Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 4, p. 133).

Desta feita, analisadas as considerações acima mencionadas, verifica-se que as diferenças entre ambas não está na sua essência, mas sim na forma como se exteriorizam, sendo assim um contrassenso imaginar “condições”, quiçá “requisitos” para a aplicação da fungibilidade.

Deste modo, não há distinção entre os requisitos para a concessão da cautelar (*fumus boni iuris*) e aqueles exigidos para a antecipação da tutela (prova inequívoca da verossimilhança e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação). Há perfeita identidade quanto aos requisitos autorizadores para a concessão das tutelas sumárias de urgência, seja pela técnica da cautelar, seja pela técnica da antecipação de tutela. Tanto numa, quanto noutra, tais requisitos são o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Caso assim não fosse, bastaria que o juiz vislumbrasse os requisitos, assim como sugere o artigo 273, parágrafo 7º, do CPC.

Superada a questão referente ao primeiro argumento procedimental, passa-se à análise do segundo argumento, qual seja, o aspecto formal.

Importante ressaltar que o aspecto formal em nada deve influenciar na tutela jurisdicional, sob pena de infringência ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e outros princípios infraconstitucionais, como, por exemplo, o da instrumentalidade das formas. E isto porque, questões de ordem formal não podem obstaculizar a realização de valores constitucionalmente garantidos, como é o caso da tutela de urgência.

Por fim, o último argumento se refere aos efeitos do recurso, questão esta que pode ser resolvida facilmente pela simples análise literal do art. 520 do Código de Processo Civil⁹⁰, sem a necessidade de maiores preocupações, bem como de se recorrer ao regime jurídico único que se defende.

Com efeito, a apelação será recebida, via de regra, no duplo efeito, porém o capítulo da sentença que disser respeito à antecipação de tutela será recebida sem efeito suspensivo, a teor do inciso VII; é, pois, a mesma regra estampada para a cautelar no inciso IV do mesmo artigo.

Isto posto, verifica-se perfeitamente possível a aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, servindo este instituto como forma de obedecer o modelo jurídico constitucional adotado no Brasil.

⁹⁰ Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I - homologar a divisão ou a demarcação; II - condenar à prestação de alimentos; IV - decidir o processo cautelar; V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem. VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

CONCLUSÃO

A morosidade da justiça, referindo-se de maneira ampla ao Poder Judiciário, quando da prestação da tutela jurisdicional, faz com que, com o passar do tempo, ocorra uma modificação em todo seu sistema, seja no âmbito legal, seja no estrutural, podendo-se citar, como exemplo, a melhora na qualificação dos funcionários, bem como a aquisição de equipamentos mais modernos, para que os servidores tenham o mínimo necessário de aparato para desenvolver o trabalho de maneira eficiente.

Ao longo dos anos, conforme a população aumenta e, por consequência, também cresce o número de estabelecimentos e de reclamações, desencadeia-se maior apelo ao Poder Judiciário, com o objetivo de solucionar os conflitos de interesses gerados.

Com base nas informações acima mencionadas, devido à lentidão da justiça, prestou-se o presente trabalho a analisar os mecanismos criados pelo legislador, a fim de solucionar tal morosidade.

Para isso, além dos mecanismos constitucionais, os quais asseguram muito mais do que a efetividade na prestação da tutela jurisdicional, verifica-se também a necessidade de haver uma razoabilidade no tempo utilizado para o desenvolvimento do processo, até o seu término, com a solução da lide instaurada.

Inobstante esses mecanismos constitucionais, mas com o objetivo de auxiliar ainda mais o jurisdicionado quanto à celeridade para a prestação da tutela, foram criadas as tutelas de urgência.

Assim, por meio desse trabalho, pode-se verificar quão importante e significativas foram as mudanças em relação à efetividade processual após o advento das tutelas de urgência.

No mesmo sentido, também teve como objetivo o presente estudo demonstrar que em momento algum essas tutelas infringem os princípios constitucionais mencionados no Capítulo I, mas, pelo contrário, coexistem harmonicamente.

Novamente com o objetivo de auxiliar as partes que se encontram em litígio, criou-se também a possibilidade do reconhecimento da fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela e vice-versa.

Desta forma, o maior desafio deste estudo foi esclarecer e demonstrar de forma clara e objetiva o conceito, as diferenças e as semelhanças entre ambos os institutos, pois, se ambos se prestam para objetivos em momentos diversos, pode-se perguntar por qual motivo existe a possibilidade da fungibilidade entre ambos? Por óbvio, para auxiliar o jurisdicionado.

Assim sendo, demonstra-se a convivência harmônica das tutelas de urgência com todas as demais normas e princípios previstos no nosso ordenamento jurídico. Por oportuno, aproveita-se para esclarecer que tudo isso só é possível, desde que em estrita obediência às regras da

proporcionalidade e razoabilidade, a fim de evitar injustiças, para que seja prestada uma tutela jurisdicional de forma correta, clara e célere.

Por fim, verifica-se que o motivo na demora para a prestação da tutela jurisdicional não está relacionado apenas ao número de funcionários existentes, nem à legislação pátria, mas também aos operadores do direito, os quais valem-se de todos os mecanismos legais com o objetivo de procrastinar o feito, atravancando o regular trâmite processual.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo*. In: *Revista de processo*, São Paulo: RT, 2000.

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

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 4.

_____. *Tutela antecipada*, São Paulo: Saraiva, 2004;

_____. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil – tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreassi Bassi. Servanda, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgência cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CINTRA, Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008.

DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio do devido processo legal*. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth Castro (Org.). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros 2003.

_____. O futuro do direito processual civil. *Revista Forense*, vol. 36.

HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia do direito processual. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 9, n. 761, 4 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>>.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 4º, Tomo I, São Paulo: RT, 2001.

LOPES, João Batista Lopes. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo. Atlas.

LOPES, Maria Elizabeth Castro (Org.). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*.

MARINONI, Luiz Guilherme, *A Antecipação da Tutela*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, José Barbosa. *Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas*. In: *Temas de direito processual*, 8ª Série, São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 8ª ed., São Paulo: RT, 2004.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 9ª ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Princípio da Isonomia. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth Castro (Org.). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*, p. 25.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, São Paulo, Ed. Universitária de Direito.

_____. *Curso de direito processual civil*, 41 ed. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004;

_____. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*, Rio de Janeiro: Aide, 1987.

VADE MECUM. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. *Código de Processo Civil (lei 5869/1973)*.

_____. *Constituição Federal (1988)*

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 3ª. ed., São Paulo: RT, 2005; Willian Santos Ferreira, *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Fungibilidade de 'meios': uma outra dimensão do princípio da fungibilidade*. In: NERY Jr., Nelson (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001.

WANATABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer – art.s 273 e 461 do CPC*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª. Ed. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*. São Paulo. Malheiros 1993.