



# Breves considerações sobre a teoria geral da tutela de urgência

## *Brief observations on the general theory of guardianship of urgency*

JOÃO LACÊ KUHN

Advogado. Professor de Direito Processual Civil e Direito Empresarial. Mestre em Direito pela PUCRS.

**RESUMO:** O presente artigo tem como finalidade refletir sobre alguns aspectos vinculados a teoria geral da tutela de urgência, especialmente no que pertine a funcionalidade e método de realização, levando-se em conta sua teleologia na busca da aplicação da tutela dos direitos, de forma a atender as necessidades sociais modernas que exigem uma prestação jurisdicional com maior celeridade e efetividade.

**Palavra-chave:** Processo civil. Tutela de urgência. Teoria geral.

**ABSTRACT:** This article aims to reflect on some aspects related to the general theory of guardianship of urgency, especially as pertains to its functionality and method of realization, taking into account its teleology in pursuit of the implementation of the protection of rights in order to modern social needs that require adjudication with greater speed and effectiveness.

**Keywords:** Procedure civil. Urgency guardianship. General theory.

## 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O processo civil contemporâneo esta estruturado, do ponto de vista dogmático, pelo binômio da ordinariedade que decorre do desdobramento lógico a partir da cognição – conhecimento – a fim de oferecer certeza jurídica, para a realização do direito através dos procedimentos executivos.

Esta estrutura lenta, decorrente de uma relação continuada que se desenvolve ao longo do tempo como afirma Eduardo Couture<sup>1</sup>, ou como ensina Athos Gusmão Carneiro<sup>2</sup>, é inconcebível de ser superada no processo, mesmo com oralidade plena, deve se postergar no tempo em função da necessidade de obediência ao contraditório, tendo por finalidade a composição dos litígios postos em causa na busca de uma solução definitiva que ficará blindada pela coisa julgada.

A respeito da influência do tempo no processo e suas consequências devemos nos reportar a Jose Rogério Cruz e Tucci<sup>3</sup> que, em obra de fôlego, analisa os efeitos desse na jurisdição e a necessidade de sua abreviação para dar maior efetividade ao processo, fazendo um diálogo a partir da estrutura formal do processo e a necessidade da vida moderna em tutelar o direito de

forma adequada. Não se pode negar que o homem consciente de sua existência *finita*, busca desfrutar tudo aquilo que é possível neste limitado espaço de tempo. Não basta ser titular de direito a um bem da vida, é preciso desfrutá-lo o mais rápido possível, como perspicazmente leciona Donaldo Armelino<sup>4</sup>.

A tutela de urgência visa justamente romper com a natural morosidade do processo, cuja justificativa de obter a verdade decorre da síntese do racionalismo como produto do iluminismo do século XVIII, fundado na razão e na busca de certeza. Tal proposta não mais se sustenta na modernidade, até porque diante da evolução dos estudos da jusfilosofia<sup>5</sup>, a tão perseguida verdade em processo civil é dotada de uma dificuldade imensa, pois, em realidade, podemos ter várias verdades no processo e somente uma versão formará a verdade decisória, sendo a única contemplada na tutela. Não podemos olvidar a evolução do conceito de verdade em função da sua historicidade, da temporalidade, da geografia enfim, diversas variáveis influem na descrição da verdade como fenômeno cultural e de linguagem. Por outro lado a verdade segue ainda como mito, contribuindo profundamente para não efetividade da prestação jurisdicional, como denuncia Adalberto Hommerding<sup>6</sup>, sendo buscada como fim do processo,

quando é um conceito relativo que pode variar de acordo com a concepção de cada um.

O processo civil, que tem como desiderato a composição (solução *sic*) dos conflitos intersubjetivos, deve presentemente ser olhado com olhos diferentes daqueles que o visualizaram no século passado, prenhes de liberalismo clássico. A sociedade moderna que se sustenta hoje em um Estado Constitucional de Direito deve ver o processo como instrumento de sua realização (completa e substancial) e não apenas formal como meio de solucionar eventuais conflitos.

Esta sociedade não está mais alicerçada nos fundamentos de outrora. Hoje permeiam direitos que devem ser atendidos imediatamente ou não mais serão úteis. A sociedade moderna é uma sociedade célere e com ela não se coaduna uma jurisdição morosa. O declínio do positivismo afirma a necessidade de uma nova perspectiva do processo que deve dar conta de uma série de novos valores não contemplados na sociedade oitocentista e nem sequer positivados diretamente até hoje pela total impossibilidade de identificá-los em abstrato. Deve o processo estar pejada de princípios valorativos da sociedade, não basta atender as formas prescritas na Lei, mas além delas pacificar com justiça, como defende Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>7</sup>, pela aplicação dos princípios decorrentes do formalismo valorativo.

Dentro desta perspectiva devemos extrair a necessidade de o processo civil servir ao Estado Constitucional de Direito, a partir da realidade presente. Realidade esta que importa em evidenciar as deficiências do positivismo enquanto normatização em abstrato, para impor a necessidade de trabalharmos com conceitos abertos, decorrentes das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados, conceitos discricionários ou de conceitos normativos como ensina Karl Engisch<sup>8</sup> e que exigem uma concretização valorativa. A impossibilidade de a legislação identificar todas as situações para defini-las adrede a fim de proteger todos os direitos conduz à necessidade de uma tutela diferenciada com base nestes conceitos indeterminados, que dispersos no sistema permitam a sua apropriação pelo intérprete no momento da aplicação ao caso concreto.

O novo processo civil brasileiro não pode ficar alheio à nova realidade, mas deve ser instrumento de evolução e de democracia. Sendo assim, exige-se que tenha condições de atender aos novos direitos, à nova realidade social desta nova sociedade constitucional, devendo para tanto buscar nos direitos de primeira, segunda, terceira e até de quarta dimensão o valor para ser aplicado e concretizado na tutela pleiteada pela parte.

Diante dessas premissas, novas formas de tutelas diferenciadas, visando atuar em situações emergenciais são imperativas da história atual, visando construir/completar as lacunas do processo civil clássico, ordinário/executivo. O processo civil deve servir ao mundo cotidiano ou ser o seu resultado, como afirma Jaqueline Mielke da Silva<sup>9</sup>, não mais se admitido que fique fora do mundo da vida como realidade social.

## 2 DA URGÊNCIA

É neste ambiente provocado pelo tempo do século XXI que se enquadra a necessidade de termos uma metodologia nova para a tutela destes novos direitos. Esta é a *tutela de urgência*, que tem como desiderato, sem romper com o sistema jurídico – e isto é importante – proporcionar uma modificação do tempo no processo em favor do direito subjetivo material, violado ou ameaçado, ou, indo mais a fundo, proteger às pretensões postas à apreciação do judiciário.

O efeito do tempo no processo provoca prejuízos que podem variar de acordo com a complexidade, quantidade e sujeitos processuais. Para que isto não ocorra surge como imperativa a tutela de urgência que tem como objetivo proporcionar uma tutela jurídica em tempo inferior a inerente ao próprio procedimento como bem destaca Ricardo Alessandro Castagna<sup>10</sup>. Tutela de urgência decorre do caso concreto e do direito ameaçado ou lesado. Não há como se tratar em tese de uma padronização da tutela de urgência. É inviável a formação de um *standard* científico definitivo. Devemos ter parâmetros, obedecer a princípios, mas nunca discipliná-las, engessá-los por inteiro.

Evidentemente que sua utilização decorre de uma urgência que deve ser qualificada pelos valores e direitos fundamentais de uma sociedade. Valores e direitos fundamentais que estão capitulados na Grande Norma, pois como dissemos supra, a sociedade em que vivemos é uma sociedade Constitucional de Direito. A qualificação da urgência se faz necessário a fim de espancar de uma vez por todas eventuais arbitrariedades que possam ser cometidas à guisa de aceleração do tempo do processo na concessão da tutela de urgência.

Esta qualificação de urgência passa inexoravelmente pelo princípio da preservação do núcleo essencial, segundo o qual a regra de solução (ou de aplicação) não será legítima quando a fim de preservar um direito fundamental acabe violando ou eliminando o outro direito, também fundamental, posto em conflito, como nos mostra com clareza e argúcia Teori Albano Zavascki<sup>11</sup>, pois não podemos ignorar que no processo civil não existe a fórmula derivada da teoria dos jogos do “ganha – ganha”, haverá, inexoravelmente perda

de um em favor do ganho do outro. Isto se dá pela procedência ou improcedência das pretensões.

A ponderação, pelo exame axiológico da tábua de valores posta em causa é fundamental para concretização da tutela de urgência. Os metaprincípios ou postulados como denomina Humberto Ávila<sup>12</sup>, dentre os quais se destacam os da proporcionalidade e da razoabilidade são ferramentas indispensáveis para uma análise coerente e científica da aplicação, dentre nós, da tutela de urgência como marca de realização de direitos fundamentais.

A tutela de urgência é justificada pelos princípios e valores constitucionais. Como dissemos alhures<sup>13</sup> para caracterizar a verdadeira tutela de urgência as pretensões pleiteadas devem ser juridicamente relevantes, não significando mero capricho e sempre timbradas pelo caso concreto, proporcionando uma tutela *in natura*. Este é o modelo a ser perseguido visando uma construção de uma teoria geral da tutela de urgência, tendo em vista as necessidades de operacionalizar-se os novos direitos. Como é sabido de nada adianta ter direitos sem deles poder dispor. Esta disposição deve ser dada pelo processo. Esta é função do novo processo: conduzir a travessia da formação desta sociedade constitucional de direito. E, para tanto, é imperativo dispormos desta modalidade de tutela de forma concreta e não apenas de forma ideal.

### 3 DAS JUSTIFICATIVAS CONSTITUCIONAIS

Inquestionável que se aplique as regras jurídicas em sua totalidade, pois estamos num Estado democrático que foi elevado a Estado Constitucional de Direito, e, sendo assim, um Estado estruturado sobre o princípio da legalidade. Este é núcleo rígido deste tipo de estrutura jurídica estatal.

De outra banda, também inexorável, a verificação de lacunas normativas ou até do anacronismo legislativo, se contrastado com o sistema constitucional vigente. Justamente na parte mais sensível que são os direitos fundamentais, protegidos pelo sistema constitucional que se verifica o maior déficit legislativo ordinário e a maior anacronismo. Como superar tais dificuldades?

A superação das lacunas da lei ordinária e de seus anacronismos deve ser concretizada pela aplicação das normas e princípios constitucionais de uma forma sistêmica. Para tanto, a tutela de urgência, por se tratar de forma diferenciada de tutela de direito deve buscar sua justificativa no corpo da lei maior.

Diante disto devemos examinar o texto constitucional e de lá extrair a fundamentação necessária e suficiente para a concretização dos direitos fundamentais nele contido, uma vez que entre eles está o

direito a uma prestação jurisdicional efetiva, e que deve ser legitimada através dos fundamentos legitimadores, sob pena de termos um conjunto normativo vazio de fundamento para sua justa aplicação.

A primeira menção já esta no artigo primeiro (1º), ao tratar dos fundamentos dessa, e no inciso terceiro (III) a menção à dignidade da pessoa humana<sup>14</sup>. Tais afirmações soam como comando ao operador e aplicador do direito, pois não é um simples princípio, mas antes um *fundamento*.

Logo a seguir, em rápida leitura, surge o artigo terceiro<sup>15</sup>, que trata dos *objetivos fundamentais da República* que como tal, tem em mente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Este objetivo não poderá ser alcançado se não tivermos uma prestação jurisdicional adequada.

Adiante se chega ao título II<sup>16</sup> o qual fala dos Direitos Fundamentais, onde, em longa lista, definem os mais importantes direitos do cidadão, todos em consonância com o fundamento principal da dignidade da pessoa. Neste ponto são tratados os *princípios* a serem irradiados para todos os ramos da atividade humana, com o desiderato de consolidar a sociedade nacional. Estes, do ponto de vista da liberdade ou mesmo da igualdade, guardam os direitos de primeira dimensão estreita conexão com os direitos individuais, a justificar as tutela de urgência, também sob esta perspectiva puramente individual.

Nesta parêmia vários princípios podem ser vistos. O Princípio do Devido Processo Legal<sup>17,18</sup>; o Princípio da Igualdade<sup>19</sup>; da Indeclinabilidade das Decisões Judiciais<sup>20</sup>; do Juízo Natural<sup>21</sup>; do Contraditório<sup>22</sup>; todos eles com vasta contaminação ao processo. Apenas a combinação destes princípios com os objetivos da República e o seu fundamento, será suficiente para justificar a aplicação das tutelas de urgência em todas as suas formas, satisfativas ou não, preventivas ou ressarcitórias, entre particulares ou destes em face ao Estado.

Diante dessa plêiade de princípios, já se justificaria a aplicação da tutela de urgência do cunho estritamente constitucional. Fica fácil compreender a necessidade que o Estado tem de cumprir suas funções quando todo o sistema lhe é adverso. Mais difícil ainda para o juiz, que deve dar concretude a esta deliberação, pois lhe retiram da cômoda posição de ser a “*Boca da Lei*”, como pregava o primado da Revolução Francesa, mas deve passar a ser um juiz atuante e atento ao nosso tempo. Mais difícil ainda à parte que pretende ter seu direito atendido o mais rapidamente possível.

Não se extinguem nossos fundamentos para a tutela de urgência na constituição. Com a evolução do constitucionalismo moderno, verifica-se a partir das

pressões sociais a necessidade de incorporação ao texto maior, também dos direitos sociais, especialmente os econômicos e os culturais. Isto é, os direitos do “ter”, previstos a partir do artigo 6º, que impõe ao Estado uma conduta positiva, no sentido de realizar uma ação e não mais apenas uma negativa como até então se concebia. Com tal evolução, avoluma-se a necessidade da tutela de urgência, especialmente as específicas, no sentido de dotar o próprio Estado de mecanismo para fazer cumprir o seu dever.

Há ainda, em apoio ao imediato atendimento dos direitos fundamentais, que incluir a prestação jurisdicional, pois, como tal, independe de lei específica no âmbito processual, nos termos do § 1º do art. 5º da Carta da República<sup>23</sup>.

Como corolário deve ser destacado o dispositivo trazido pela Emenda Constitucional nº 45, que para efeito da justificação da tutela de urgência apresenta material precioso. Trata-se do inciso, 78 do artigo 5º<sup>24</sup> da CF, no qual prevê que é direito da parte obter uma decisão judicial em tempo razoável. Para muitos, tal comando já poderia ser lido nos dispositivos existentes, pois não seria outra a interpretação dada a conceitos antes tratados. Todavia, para efeito de efetividade, saudamos o dispositivo que se não soma em conteúdo; soma, e muito, em forma.

Com estas observações podemos dizer, sem medo de erro, que a tutela de urgência, quando não prevista nas normas infraconstitucionais, está arrimada na carta política que deve ser concretizada, sob pena de quebrar o fundamento republicano.

#### 4 SUMARIEDADE

Sumariedade relaciona-se com o grau de cognição, isto é, de conhecimento que o juiz terá disponível, com relação à lide, para formar sua convicção, e por consequência com o tempo para o exame das pretensões. Só se compreende a sumariedade quando se tem a noção do seu contrário, do exaurimento e de totalidade. Tal técnica, ou elemento do processo, como quer o professor Celso Neves<sup>25</sup>, desdobrar-se em duas perspectivas – a horizontal e a vertical – pois em ambos os sentidos poderemos ter uma conhecimento pleno e exauriente ou apenas um conhecimento mitigado.

A sumariedade não é conceito novo. Já era conhecido dos romanos e dos povos na Idade Média, como relata o professor Ovídio B. da Silva<sup>26</sup>. Cognição sumária, que desempenha papel fundamental na concretização da tutela de urgência, tanto cautelar como não cautelar, pois, permite, como dissemos acima, a abreviação do tempo inerente ao processo. No desenvolver da história

do processo temos vários exemplos disso, tais como os juízos cambiários, os procedimentos especiais que admitem liminares, as cognições *secundum eventum probationes*, *secundum eventum litis*, a ação civil pública etc.

Na perspectivas da horizontalidade, a cognição examina o trinômio ou binômio da demanda – pressuposto, condições e mérito. Dentro desta linha de observação é que os sujeitos do processo irão buscar os elementos de convicção, podendo isolar questão ou questões da lide, para só dela conhecer com maior profundidade – plano vertical – ou apreciando a lide por inteiro. Nesta ordem de ideias temos as demandas plenárias<sup>27</sup> que conduzem, em extensão, a todas as causas de pedir, todos os pedidos, isto é, atingem toda(s) a(s) pretensão(ões) do autor. Exigem do juízo um elevando volume de conhecimento. É o típico caso da lide total, que como tal deverá consumir tempo dos operadores do processo para sua finalização pelo grau e extensão de complexidade que possuem. Podemos também optar por comportamento contrário e isolar apenas uma das questões da lide, tendo assim uma lide parcial, pois a solução será parcial, não no sentido da decisão em si, mas da extensão da controvérsia.

Por outro lado temos a cognição do ponto de vista vertical, isto é, da intensidade pela qual o juiz é convencido a respeito da decisão a ser tomada. Evidentemente não devemos confundir prova com convicção. A cognição diz respeito ao grau de convencimento que o juiz tem ao apreciar determinado objeto, determinado ato. A doutrina, e por todos Kazuo Watanabe<sup>28</sup>, é uníssona em afirmar que, neste viés se pode estabelecer graus de cognição, tais como mínima, média e máxima. Assim como outras de superficial, verossímil, provável, probabilíssima e exauriente. Todas elas têm o mesmo escopo de identificar qual o nível de conhecimento que o magistrado dedicou à questão. Tal indagação liga-se a fatores de alta relevância para o processo, pois, dependendo do nível de cognição utilizado, a decisão terá maior ou menor segurança, demandará maior ou menor tempo, implicando a possibilidade ou não de revogação e a necessidade ou não de rescisória.

Exemplo frisante destes níveis de cognição pode ser vistos nas liminares cautelares, que em função da urgência são concedidas apenas com base em perigo de risco afirmado e aparência do direito subjetivo ameaçado.

A diminuição da cognição é elemento identificador de uma tutela de urgência, sem que esta esteja presente não temos a aceleração necessária que a prestação jurisdicional reclama.

## 5 MANDAMENTALIDADE

Uma das questões tormentosas, mas importante, na esfera processual civil é a classificação das ações (e por consequência das sentenças) que tiveram em Pontes de Miranda<sup>29</sup>, uma dimensão antes não verificada. Dentre nós, o Professor Ovídio Baptista da Silva<sup>30</sup> deu continuidade a tal estudo e foi um dos maiores seguidores confessos da doutrina pontiana.

Ocorre que o sistema clássico do estado liberal comprometido com as ideias liberais não “via” além das hipóteses previstas pela classificação ternária que se limitava a declarar, constituir e a condenar, isto é, estavam comprometidas, como denuncia o próprio Ovídio B. da Silva<sup>31</sup>, com racionalismo Kantiano, que mais tarde veio a ter sufrágio pela teoria pura do direito de Kelsen<sup>32</sup>, que separou o mundo jurídico em mundo do dever ser e o mundo do ser.

Este modelo ternário liga-se exclusivamente com o mundo do dever ser, pois qualquer uma das eficácias produzidas pela decisão jurisdicional não teria força para operar modificação no mundo do ser sem prescindir de uma nova atuação do poder, seja jurisdicional ou administrativo.

Denuncia também com exatidão a fragilidade de efetivação do direito através da aplicação das eficácias tradicionais, Rita Quartieri<sup>33</sup>, que ao referir-se às inovações trazidas pela Lei 11.232/06, como demonstração de que a sentença condenatória não é suficiente para a realização dos direitos.

Nem a sentença condenatória, nem a declaratória, nem a constitutiva são capazes de provocar alterações no mundo real, pois se a primeira exige um novo procedimento subsequente – atualmente o cumprimento de sentença do art. 475 J – as outras duas apenas atestam; a declaratória, a existência ou inexistência de um fato ou relação jurídica; a outra criando, modificando ou extinguindo uma relação jurídica. Cada uma delas resumem-se no seu próprio conteúdo. Limitam-se e exaurem-se em suas eficácias. São portanto, autosatisfativas das respectivas pretensões declaratórias e ou constitutivas, não provocando nenhuma alteração no mundo sensível, senão depois de outras providências sempre a cargo do autor evidentemente.

Não é outra, senão a tentativa dos Estados modernos, através das respectivas legislações processuais, buscarem adaptar-se aos novos problemas da sociedade para a qual estão voltadas. Problemas decorrentes de uma nova metodologia de relações emergentes de um sistema cibernético, que produz uma nova economia voltada para o consumo, impondo a necessidade das prestações de fato como afirma Darci Guimarães

Ribeiro<sup>34</sup>. Esta nova realidade impõe a prestação jurisdicional novos desafios, que não são respondidos pelos modelos liberais clássicos. Este fenômeno é percebido em vários países, e aqui no Brasil também. Como já referido, os estudos de Pontes e de Ovídio no que pertine a nova classificação das sentenças *quinarias*, pelo acréscimo de mais duas eficácias que são de extremo relevo para esta nova realidade, neste novo desafio a que esta submetido o processo civil contemporâneo.

Relativo a esta classificação duas questões preliminares devem ser postas para que possamos prosseguir com relativa segurança; a primeira delas é de que a classificação das ações se dá pela carga preponderante da sentença que se busca na jurisdição; a segunda delas é de que a classificação decorre das ações matérias que cada uma destas pretensões processuais veiculam.

A carga eficaz ampliada – classificação *quinaria* – é produto do alargamento dos novos direitos subjetivos materiais que a sociedade moderna, ou pós moderna na linguagem sociológica, exige. Direitos que fugaram da frequência do dever ser para habitarem a esfera do ser. Direitos subjetivos novos, que não admitem apenas que sejam declarados nem constituídos, ou até mesmo que haja uma condenação, mas exigem serem aproveitados, sorvidos pelos seus titulares em tempo hábil, dentro de sua fugaz existência

Não se admite passivamente a realização de um direito – execução em sentido *latu* – através dos mecanismos tradicionais. Mecanismo estes que estão comprometidos, como antes afirmamos com um modelo ideológico de uma outra época; por alguns chamada romântica, forjada nos séculos da luzes. Imagine-se um direito fundamental obtido através de uma sentença condenatória que exige – ainda hoje – um novo procedimento jurisdicional para ser a prestação devida concretizada. Qual o efeito que este conjunto de fases processuais deverá causar no direito posto em causa? Certamente a resposta é cruel.

Imaginem-se a prestação jurisdicional *in natura* sendo buscada através de uma demanda constitutiva ou declaratória. Quais as outras providências em matéria processual que deveríamos buscar para sua concretização? Não se deve excluí-las por imprestáveis, mas apenas repercuti-las, pois em certas circunstâncias, especialmente relativo aos novos direitos, não satisfazem, ficando muito aquém da expectativa que o século XXI prometeu aos cidadãos.

No Brasil, o fenômeno da busca da efetividade processual ganhou corpo a partir do terceiro quartel do século passado. Varias tentativas, no campo da legislação processual foram implementadas. No código

de 73, desde sua promulgação, temos a inserção das *astreintes*, através das técnicas das ações cominatórias. Todavia, foi com as reformas de 1994, onde preocupação com a efetividade do processo eclodiu substancialmente, até porque, nesta época, iniciava-se a nova fase Constitucional brasileira a reclamar tratamento do processo que ele não podia furta-se de atender seu desiderato por falta de ferramentas.

Dentro deste movimento de busca de efetividade destaca-se a introdução, de uma forma mais evidente, da eficácia mandamental, ou da ação mandamental ou da sentença mandamental. Não que ela não fosse conhecida, pois como já frisamos sua inserção deve-se a Pontes de Miranda, ainda na primeira metade do século passado. Também de há muito utilizada em face da administração pública, com o Mandado de Segurança, talvez o exemplo mais frisante, assim como também os procedimentos cautelares. A novidade reside no fato de se alargar a aplicação, passando também a ser permitida nos procedimentos ordinários, até então limitados a incidência da aplicação da teoria ternária.

A concepção de que a própria sentença deve ser autossatisfativa é perfeitamente aplicável na sentença mandamental, pois como bem define Sergio Gilberto Porto<sup>35</sup>, o objetivo principal deste tipo de sentença é a obtenção de uma ordem do juiz para que o destinatário faça ou deixe de fazer alguma coisa, isto é, atenda ao comando judicial sem que haja necessidade de outras providências jurisdicionais ou administrativas para a obtenção da efetividade da pretensão trazida ao processo.

A ação mandamental é uma demanda que não exige uma posterior ação, nem sequer nova fase, já que a ordem é expedida de imediato, e, em certas ocasiões antes mesmo da preclusão do ato decisório que resultou na ordem, como nos ensina Fabrizio Camerini<sup>36</sup>. O juiz não condena, como diz Luiz Guilherme Marinoni<sup>37</sup>, o juiz ordena e faz uso da coerção, impondo uma conduta ao demandado através do exercício do seu poder jurisdicional, podendo inclusive aplicar multa e outras sanções.

A tutela mandamental traz uma potencialidade de transformação da realidade pela concretização dos direitos fundamentais postos à apreciação do poder judiciário. Por este mecanismo decisional o juiz definitivamente cumpre e exaure sua jurisdição, pacificando no dizer Chiovendiano, mas com justiça, porque de forma rápida e expedita, concretizando a expectativa do direito subjetivo material na figura de seu titular, cumprindo sua função estatal e resgatando o tributo devido pelo monopólio estatal de solucionar/compor os conflitos.

Fo neste sentido que o legislador de 1994 fez incluir no CPC o artigo 461<sup>38</sup>, mesmo que não discipline nem autorize a aplicação da sentença mandamental, deixa claro pelo texto legislativo a necessidade de sua aplicação.

Advirta-se, o referido artigo não só traz a possibilidade de que o juiz se utilize da técnica mandamental, mas também possibilita a utilização da tutela executiva, conforme se depreende do texto da segunda parte do caput do artigo sob análise.

Não parou aí o legislador brasileiro, em 2001, fez incluir no artigo 14, no inciso V<sup>39</sup>, de forma direta a obrigatoriedade da parte em cumprir os provimentos mandamentais, dando assim plena autorização para que se firme dentre nós a utilização da tutela como meio de prestação jurisdicional adequada, a ser executada nos termos do artigo 5º LXXVIII da CF., pois o direito de ação deve se ligar a alguma situação concreta da vida não se devendo conceituá-la apenas como abstrata.

Tais modificações legislativas servem para proporcionar frutos da tutela jurisdicional através da mandamentalidade, como ensina Ovídio Baptista da Silva<sup>40</sup> permitir as realizações e transformações no mundo exterior sem necessidade de uma próxima demanda, tendo em vista a virtualidade que possuem em emanar ordem derivada da estatalidade do poder jurisdicional com caráter coercitivo, o que caracteriza a tutela de urgência em todas as suas formas.

## 6 REVOGABILIDADE, TEMPORARIEDADE, PROVISORIEDADE E COISA JULGADA

Como dito acima, a tutela de urgência caracteriza-se pela sumariedade de sua cognição e é caracterizada pela rapidez com que deve ser concedida. Tais elementos são elementos que não se enquadram nos julgamentos de certeza, que são os expoentes do juízo ordinário e que tem como finalidade a produção de “certeza” jurídica.

Nesta perspectiva, isto é, da frugalidade dos procedimentos tendentes à materialização da tutela de urgência, deve-se fazer uma observação no que pertine aos conceitos de temporariedade e de provisoriedade. Ambos, aparentemente podem induzir ao intérprete apanhá-los como sinônimos, o que significa uma conclusão inadequada, pois em análise mais apertada se chegará à conclusão que tem sentido diferentes.

Em síntese apertada, haurida especialmente da Doutrina de Lopes da Costa e Ovídio Batista da Silva que criticam a posição de Calamandrei, na definição do que seja uma e outra, pelo fato de que temporário pode ser examinado sob dois aspectos. O primeiro deles vincula-se ao estado de perigo, e enquanto este

perdurar, sendo, portanto encontrado comumente nas cautelares. O segundo, que também é característica das cautelares, é que estas jamais serão definitivas e devem ser substituídas por outro provimento de conteúdo sentencial diferente. Ao contrário, a provisoriedade caracteriza-se também pela durabilidade limitada no tempo, mas ao final será substituída por outro provimento sentencial de mesmo conteúdo, podendo, destarte serem ambos satisfativos e verificados em sede de antecipação de tutela e nunca nas cautelares.

Em sede doutrinária ainda encontra-se uma grave confusão entre estes conceitos, derivada, como bem denuncia Ovídio Baptista da Silva<sup>41</sup> da exteriorização do tema proporcionado por Calamandrei<sup>42</sup>, que na verdade, ao afirmar que as cautelares eram provisórias, compreendiam de outra forma, como se pode verificar da sua afirmação. Por conta desta má compreensão do tema é que doutrinadores como José Roberto dos Santos Bedaque<sup>43</sup> podem afirmar, como fazem, que o provimento cautelar será sempre provisório, deixando o intérprete sem uma definição exata do que se pode ter como provisório e ou como temporário.

Nesta diretriz, qualquer que seja o provimento urgente concedido em base de cognição precária, seja em cautelar ou em antecipação, pode ser objeto de modificação pelo julgador sem que haja violação das normas, uma vez que estes provimentos jurisdicionais podem modificar-se em função das alterações fáticas da causa de pedir em face do decurso do tempo.

A única questão que se pode repercutir com relação a tal possibilidade é sobre qual procedimento dispõe o julgador. Pode o juiz de ofício ou deve ser provocado? Quer nos parecer que, em se tratando de tutela de urgência, isto é, tutela precária que exige do julgador uma dose de convicção da mesma forma precária, não se vê óbice para que tal revogação ou alteração da medida urgente se dê *de ofício* desde, evidentemente, que o magistrado faça de forma fundamentada se utilizando do seu poder discricionário e da livre convicção, mas sem olvidar a necessidade de vinculação com o sistema e em especial o contido no artigo 93 IX, da Constituição.

Uma das técnicas que se utiliza o processo civil é o das preclusões, que entendemos não devem ser utilizadas de uma forma dogmática, em se tratando de tutela de urgência. As preclusões destinam-se a evitar uma eternização da demanda. No caso em questão sua suavização decorre dos elementos justificadores da mesma que, em suma, decorre do risco da demora e da existência aparente de um direito subjetivo que poderá, pelas vias ordinárias, não mais ser alcançados pelo efeito do tempo. Esta é uma questão de reversibilidade recíproca, que exige do magistrado uma alta dose de ponderação antes de decidir.

A alteração das decisões é da índole dos procedimentos sumários, é da índole dos procedimentos de urgência, com raras exceções, como veremos adiante, nas hipóteses de que mesmo se operando via procedimento sumário tem-se um grau de cognição exauriente como no caso das satisfativas sumárias. Assim se depreende do texto dos artigos 273, § 4º,<sup>44</sup> 461, § 6º<sup>45</sup> e 807 parágrafo único<sup>46</sup>, todos do CPC.

Independente de ser provisória ou temporária sua característica de precariedade é destacada pela frágil cognição despendida pelo juiz que acarreta um grau de cognição superficial e, portanto frágil, justificando-se a possibilidade de alteração à luz de novos elementos de convicção visualizados pelo juiz.

A par disso – possibilidade de alteração – a formação de coisa julgada deve ser examinada com certo vagar. Em primeiro lugar há que se identificar que existem perspectivas de observação; na primeira delas destina-se investigar o fenômeno da coisa julgada do ponto de vista linear, assim entendido internamente ao procedimento de urgência – cautelar ou satisfativo; na segunda, deve-se estudar à luz da espécie das cautelares, sob comando do artigo 810, conforme se demonstrará abaixo.

No primeiro, há que se aclarar que, estamos a investigar a coisa julgada no seu aspecto material, pois do ponto de vista formal, sempre que se encerre uma relação processual esta se verificará. A existência de conceito de mérito ou não par a formação da coisa julgada formal é irrelevante. Esta se caracteriza pela preclusão dos atos processuais o que o trona antecedente natural da coisa julgada material.

O questionamento subsequente é, se em sede de tutela de urgência pela fragilidade da cognição que impede uma declaração ampla poderá ocorrer coisa julgada material ou não?

Para uma resposta efetiva com relação a este primeiro aspecto é bom que se alerte sobre a impossibilidade de uma resposta definitiva, pois as situações podem variar de acordo com a espécie de tutela de urgência que se busque. Além do mais, podem variar também em razão do fato concreto que embasa a pretensão. Não vamos esquecer que tutela de urgência é a tutela do caso concreto.

Assim, no caso das cautelares, por exemplo, diz a melhor doutrina que não se tem coisa julgada, mas, todavia não podemos ignorar a existência de um direito substancial de cautela, baseados no risco da demora da prestação e no “bom” direito afirmado. Entendemos que estabilizada a demanda, inalteradas as questões justificadoras da cautela, devemos ter uma coisa julgada material. Esta é a lição que se pode extrair do

parágrafo único do artigo 808 do CPC.<sup>47</sup> Não se pode ignorar a discussão doutrinária sobre este aspecto e nem tampouco a posição daqueles que defendem não se tratar de uma coisa julgada, tecnicamente falando, mas de uma proibição da repetição de atos processuais, conhecido em doutrina como “*non bis in idem*”. A opção por uma ou outra posição depende da aceitação ou não do chamado direito fundamental de cautela, que permite à parte pleitear proteção ao seu direito subjetivo material em procedimento de urgência diante da impossibilidade da jurisdição tutelá-lo adequadamente através da forma ordinárias.

Em se tratando de antecipação pura e simples à ideia antes exposta, também é possível sua aplicação. Entretanto, quando estivermos frente a uma tutela de evidência de satisfação sumária devemos temperar as implicações da decisão em tutela de urgência, pois frequentemente estaremos diante de coisa julgada material, em razão de que o grau de cognição se esgotou de forma sumária em razão do direito ser evidente.

A segunda perspectiva no que pertine ao estudo da coisa julgada em tutela de urgência deve se fazer à luz da espécie das cautelares, sob o comando do artigo 810 do CPC<sup>48</sup>, que propõe a inexistência de coisa julgada da decisão cautelar em relação ao direito subjetivo material posto em causa, exceto nas hipóteses de ser declarada a prescrição e/ou a decadência. Nada mais coerente em relação a primeira parte do referido artigo. Todavia, há que se fazer uma interpretação conceitual para podermos entender a segunda parte referente à prescrição, pois, relativo à decadência que é um fenômeno destrutivo dos direitos, não temos nada a objetar. Sendo assim, se não há direito subjetivo material a ser protegido, onde estará a situação acautelanda? Certamente a falta de um implica na inexistência do outro.

Outra sorte, porém, possui a prescrição. Vejamos o que diz o artigo 189 do CCB de 2002. Afirma que a prescrição atinge a pretensão. Ora, *pretensão* não é *ação* e nem direito subjetivo. A *pretensão* é o direito de exigir e, portanto, imprescindível para o exercício da ação. Temos que a pretensão é um fenômeno do direito material que se projeta no exercício da ação. Assim, através deste silogismo não podemos olvidar que enquanto tivermos ação para buscar o direito subjetivo, a pretensão permanece intocada.

Assim, não entendemos correto que a simples declaração de prescrição atinja o direito subjetivo material. O que o código diz é que, se declarada a prescrição em sede cautelar, fica encoberta a ação principal referenciada pela cautelar, mas nada impede que se busque o direito subjetivo por outra via. Um exemplo servirá para aclarar o pensamento. Imaginemos

um beneficiário de um cheque que viu frustrado a liquidação pelo sacado. Este possui, no prazo de seis meses depois de expirado o prazo de apresentação, a ação executiva, como previsto nos artigos 47<sup>49</sup> e 59<sup>50</sup>, da Lei 7.357/85, combinado com o 585, I do CPC<sup>51</sup>. Não propondo a demanda neste prazo prescreveu o direito de ação de execução, mas ainda lhe restarem três ou outras alternativas para ver satisfeito sua pretensão de receber o valor constante do cheque não pago. Possui a ação de locupletamento prevista no artigo 61<sup>52</sup> da mesma lei. Possui também à sua disposição a ação monitória, como definido pela súmula 299<sup>53</sup> do STJ, ou finalmente a ação ordinária de cobrança, com base no negócio jurídico subjacente prevista no artigo 62<sup>54</sup> da referida lei.

Como se poderá falar em prejuízo da ação principal pela declaração de prescrição?

Por certo em todas as hipóteses de tutela de urgência deve-se averiguar, *in concreto*, qual a natureza da decisão dada pelo juiz, em função de que poderá haver coisa julgada formal e até mesmo material, dependendo do volume e da extensão da cognição prestada, respeitada cada uma das espécies de tutelas de urgência e verdadeira natureza do direito subjetivo material posto causa.

## 7 SATISFATVIDADE E SEGURANÇA

Outra noção determinante para a compreensão do fenômeno da tutela de urgência é a identificação do nível de pretensão daquelas que são satisfativas e aquelas que se destinam apenas a dar segurança ao direito subjetivo.

Há que se ter presente que a tutela de urgência como gênero, possui diversas espécies, dentre as quais, como sabemos, as cautelares, as antecipatórias e as satisfativas sumárias.

Assim, cada uma das espécies de tutela tem uma finalidade a perseguir. Diante disso devemos distinguir dentre elas aquelas que buscam a satisfação do direito subjetivo material e aquela que visam somente proteção – acautelar – deste direito, não o satisfazendo. Bem anota Eduardo Melo de Mesquita que o que caracteriza a tutela cautelar é a segurança e não a satisfatividade do direito subjetivo<sup>55</sup>. Ou, como ensina Beatriz Catarina Dias, a tutela cautelar não concede antecipadamente o que foi pedido, mas busca proteger o resultado útil do provimento final<sup>56</sup>.

Diante dessa perspectiva devemos definir com clareza o escopo de cada uma das tutelas de urgência. Sem sombra de dúvidas que há uma diferença significativa entre tutelas cautelares que são eminentemente tutelas de asseguaração, das tutelas que visam conceder

o bem da vida, de forma antecipada ou definitiva de forma sumária.

Em primeiro lugar, a respeito desta distinção, é preciso anotar um equívoco que se verifica em doutrina, que parece derivar da exposição de Calamandrei<sup>57</sup>, no sentido de que a característica fundamental das cautelares é a instrumentalidade, sendo que se destina a assegurar a eficácia prática do provimento definitivo, dando a entender que se destina à proteção do processo principal, pois se trata do instrumento do instrumento. Esta exposição leva alguns doutrinadores, da mais elevada credibilidade, a não perceber a verdadeira função do processo cautelar, que é o de *assegurar* o direito subjetivo material e não simplesmente a relação processual que se desenvolverá eficaz com êxito ou sem êxito. Nesta esteira podemos citar Marcio Louzada Carpena<sup>58</sup>, Candido Rangel Dinamarco<sup>59</sup>, José Carlos Barbosa Moreira<sup>60</sup>, Humberto Theodoro Junior, dentre outros, todos no sentido de afirmar a instrumentalidade qualificada da tutela cautelar.

Não nos convence as argutas lições dos processualistas acima indicados. A tutela cautelar não pode ser destinada apenas a assegurar o processo como instrumento do instrumento. Entendemos, na esteira de Ovídio Batista da Silva<sup>51</sup>, que a tutela cautelar visa proteger o direito subjetivo material (diga-se as pretensões) que correrá risco se for buscado pelas vias ordinárias – cognição execução. Quer nos parecer, com a devida vênia, que esta é a verdadeira função da tutela cautelar: a de assegurar eventual direito ou interesse subjetivo material alegado, que está ameaçado e em risco pela precariedade dos instrumentos processuais existentes, pois comprometidos que estão com a ordinariade e com a hipotética segurança jurídica.

Esta seria a vocação cautelar de dar proteção às pretensões de direito material independentemente de qual seja o procedimento adequado para ver satisfeito o direito ameaçado e posto em risco, pois qualquer que seja o procedimento poderá não ser eficiente para atender à demanda em satisfazer a pretensão do seu titular.

Como consequência dessa vocação, temos que as cautelares possuem função assecuratória por excelência, no sentido de assegurar as pretensões de direito material que porventura estejam ameaçadas e nunca satisfativa como as demais espécies podem sugerir, isto é, *asseguram para executar*. Bem andou Darci Guimarães Ribeiro<sup>62</sup> ao ensinar que a demanda cautelar é supletiva da insuficiência normativa e que é uma prestação da função estatal da pretensão à segurança de um direito substancial de cautela de forma não satisfativa. São tutelas, destarte, temporárias como se viu supra.

De outra banda, as demais espécies de tutela de urgência – antecipação, satisfativas sumárias e inibitórias – serão satisfativas em função de que tratam do bem da vida, isto é, da pretensão material de seus autores. Estas visam executar para proteger. Explica-se; enquanto as cautelares asseguram para uma futura execução, a fim de proteger a pretensão, as demais formas de tutela visam executar imediatamente a fim de assegurar o bem da vida pleiteado pelo autor.

As tutelas de urgência satisfativas, ou são provisórias ou são definitivas. O que vai defini-las é exatamente a extensão da cognição do ponto de vista da profundidade que será dispensada pelo magistrado à causa. Serão provisórias nos caso de antecipação, pois devem ser substituídas por outra de mesmo caráter, havendo perfeita sintonia entre o que foi antecipado – através da medida antecipatória – com o que será decidido na sentença. Deve-se esclarecer que não há, tecnicamente, uma antecipação da sentença. Esta é jurídica formal, constituindo preceitos normativos e, portanto abstrata, agindo no mundo do dever ser. O que se antecipa são os efeitos sociais ou como defini Teori albino Zavaski<sup>63</sup>, efeitos executivos daquela tutela. Assim se a sentença ainda esta pendente, podem as circunstâncias recomendarem ao juízo que altere sua decisão, pois ainda precária, diante de novas provas e novas evidências.

Serão definitivas quando não houver mais investigação cognitiva a ser feita. Exemplo clássico desta espécie são as tutelas de evidência, como professa Luz Fux<sup>64</sup>, que afirma poder-se aplicar à evidência a doutrina da liquidez e certeza própria da execução e do mandado de segurança. A evidência é obtível através do conjunto probatório, causando ao juiz uma situação evidente, tendo em vista que, do ponto de vista processual, são incontestáveis. Neste caso a tutela será definitiva, pois após a concessão da liminar antecipatória nada mais restará para ser discutido. É típico juízo sumário que apenas padece de consolidação pela obrigatoriedade do devido processo legal, mas que não deverá influenciar a decisão já tomada com base nas evidências.

A sua marca registrada (e o que difere das antecipações) é que não se esta apenas antecipando – atendendo prontamente – os efeitos sociais da sentença pretendida, mas se está também, de forma definitiva, concedendo os efeitos jurídicos substanciais e formais da pretensão pleiteada pelo autor.

As técnicas para a obtenção destes resultados práticas são cunhadas pela a doutrina e jurisprudência. A mais conhecida dessas técnicas é a das liminares, que nada obstante ser instituto jurídico autônomo, com bem define Betina Rizzato Lara<sup>65</sup>, serve para antecipar efeitos

externos ou secundários da sentença, que refletem no mundo do fatos, e que nem sempre é proferida em sede de cautelares, mas sempre em sede de antecipação dos ditos efeitos práticos. Liminares que sempre serão antecipações de tutela podendo ocorrer tanto no procedimento cautelar, como nos especiais e nos de conhecimento, pois como bem denuncia Adroaldo Furtado Fabrício<sup>66</sup>: a liminar é o provimento proferido *início litis*, não se podendo tolerar o alargamento deste conceito ao ponto de confundir liminar com todo e qualquer provimento antecipatório.

Ultrapassado o momento das liminares restam as demais antecipações de tutela, que também podem ocorrer em qualquer tipo de procedimento, uma vez que ultrapassado esta fase liminar, convencendo-se o juiz que a pretensão deva ser antecipada poderá fazê-lo, uma vez que convencido da necessidade de tal prática, em razão sempre do caso concreto, e da urgência que requeira.

Em doutrina já se chegou a cogitar que a designação *liminar* seria exclusiva das cautelares e serviria para designar toda e qualquer antecipação de medida assecurativa de direito, destinando a denominação *antecipação* aos provimentos satisfativos concedidos, destarte, nos processos especiais ou de conhecimento. Tal classificação deve-se a tradição da doutrina brasileira em identificar as cautelares com as liminares. Salvo melhor juízo concordamos com o autor antes citado que não se pode alargar o conceito das liminares, pois que possuem contorno próprio. O que se deve é examinar o momento e o conteúdo do provimento jurisdicional e então, a partir das ideias de provisoriedade e temporariedade, (asseguração e satisfação) identificar se estamos frente a uma liminar cautelar ou liminar satisfativa; antecipação assecuratória ou antecipação satisfativa.

## 8 FUNGIBILIDADE

Questão relevante a ser reflexionada em sede de considerações preliminares sobre a teoria geral da tutela de urgência é a possibilidade de trânsito entre uma e outra espécie de tutela de urgência ou internamente – dentro da mesma espécie – pela troca de medidas pleiteadas, v. g. em sede cautelar, visando o salvaguardo do núcleo essencial ou a melhor eficiência da medida, com o menor prejuízo possível.

Trata-se de medida que visa afirmar o princípio da instrumentalidade e da efetividade, que vem a mitigar o paradigma estritamente formal do processo civil, que deve estar mais comprometido com a realização dos valores do que com o preenchimento dos requisitos formais. Faz parte da nova perspectiva do processo dentro da linha do instrumentalismo valorativo.

A primeira manifestação do fenômeno pode ser visto a partir do exame do artigo 805 do CPC, que permite ao magistrado substituir uma medida cautelar por outra, quando esta outra atender melhor a finalidade, isto é, é mais eficaz para proteção do direito subjetivo material que se busca proteger. Trata-se da fungibilização vertical, isto é, operado internamente aos procedimentos previstos para a espécie, no caso as cautelares.

Nesta perspectiva, talvez, um exemplo seja ilustrativo. Imaginemos alguém que pede, em sede cautelar, protesto contra alienação de bens. Imaginemos também, que para efeito do exemplo, o crédito que se quer ver protegido é de pequena monta, sendo suficiente para a garantia do pagamento apenas um ou alguns bens do devedor. Neste caso, o juiz, ponderando o caso concreto, verifica desmedido o protesto contra a alienação, que, como se sabe uma vez deferido, não permitirá que o devedor se desfaça de qualquer de seus bens, podendo lhe acarretar prejuízo. Por outro lado, em função da possibilidade de substituir uma medida por outra – talvez um arresto – alcançará o mesmo objetivo perseguido pelo autor da cautelar e o prejuízo será muito menor. Protegerá o crédito – direito subjetivo material – que será veiculado em execução futura e não estará prejudicando ao requerido com o bloqueio da possibilidade de dispor de todo seu patrimônio.

A justificar tal atitude estão vários princípios inspiradores do processo, previsto no próprio CPC. Princípios como o da finalidade, o do aproveitamento dos atos, o do prejuízo, previstos nos artigos 247, 249, § 1º, e 250 § único do CPC, respectivamente, e o próprio princípio da efetividade, que nada obstante não estar expresso, integra o sistema, assim como também o da economia processual.

Da mesma forma, o artigo 798 do CPC, ao permitir a concessão *ex officio* pelo juiz de medidas que tendem a proteção de direitos, agrega justificativa à possibilidade de fungibilização. Evidente, se ao juiz é permitido que, *esponte sue*, conceda medidas que visa proteger direitos subjetivos, como não admitir que, em face do caso concreto, pondere fundamentadamente a necessidade de, para melhorar o desempenho da prestação jurisdicional, substituir uma medida por outra quando esta última seja mais adequada, seja mais razoável e mais proporcional!

A segunda perspectiva da fungibilização, se opera no plano horizontal, isto é, permite ao juiz que substitua uma espécie de tutela de urgência por outra. Esta se encontra codificada no artigo 273, § 7º do CPC. Seria um mecanismo de proteção da jurisdição contra a violação do direito por parte por parte de seus operadores, quando não o manuseiam adequadamente

ou não conhecem com a profundidade necessária seus instrumentos e ou procedimentos.

Muito se tem refletido sobre como fazer esta adaptação procedimental adequadamente, pois não se pode ignorar o conteúdo e a exigência de cada uma das espécies de tutela de urgência, especialmente quando se tem medidas que visam executar para assegurar – antecipação- e assegurar para executar – cautelares. Só por tal indicação se prevê a magnitude do problema. Aquilo que parece ser tão simples, quando posto em prática, torna-se indecifrável.

A primeira linha de investigação deve se dar no sentido das antecipações em direção às cautelares. Neste caso, pode o autor pleitear antecipação de tutela, isto é, provimento satisfativo, mas limita-se a caracterizar apenas elementos que provoquem o convencimento do magistrado para permitir a concessão de medida cautelar. Demonstra apenas *fumus boni juris* e risco de dano pela demora natural do procedimento principal. Pela norma do artigo 273, § 7º, antes referido, estará o magistrado autorizado a substituir o pedido de antecipação por cautelar. Mesmo não satisfazendo para assegurar, irá assegurar para futuramente, satisfazer.

Nesta modalidade não há divergência doutrinária nem jurisprudencial, nem tampouco dificuldades procedimentais, pois já vai longe o tempo, em que não se admitia cautelares inominadas internamente ao processo de conhecimento ou executivo, sem prejuízo, é claro, da utilização dos procedimentos do livro III. Da mesma forma, não há óbices procedimentais, pois a jurisdição já está em movimento, não havendo nenhuma outra providência a ser tomada, senão a de adaptar o procedimento ao caso concreto, quando este imponha uma adaptação.

Também não vemos dificuldades, nem científicas, legais ou práticas, quando os pedidos de cautelares incidentais constituam verdadeiros pedidos antecipatórios dos efeitos da sentença final, de índole satisfativa. Quando tal hipótese estiver presente poderá o juiz, se convencidos pelos elementos trazidos de que não se trata de simples medida cautelar, mas de providência que permite a antecipação dos efeitos pretendidos concede-los, uma vez que está amparado na lei e nos princípios que ordenam o processo

O que há de comum nestas espécies é a existência do processo principal em curso o que facilita a aplicação prática do dispositivo em apreço. Pedido cautelar incidental e antecipação não apresentam óbices práticos para sua fungibilização horizontal.

A dificuldade aparece quando tivermos que enfrentar a hipótese de fungibilização de uma medida cautelar antecedente ou preparatória em antecipação de tutela ou até mesmo em satisfativa sumária.

Neste particular temos divergências sobre tal possibilidade, levando-se em conta o princípio dispositivo, o da inércia da jurisdição, o do devido processo legal, etc. Parte da doutrina entende que o dispositivo sob comento deve ser de mão dupla, isto é, tanto é possível em cautelares para antecipação quanto de antecipação para cautelares em qualquer situação. O professor Candido Rangel Dinamarco<sup>67</sup>, não vê tais impedimentos e leciona a possibilidade de mão dupla, sendo possível fungibilizar cautelar para satisfativa e satisfativa para cautelar indistintamente.

Outra parte da doutrina entende ser possível apenas a passagem das tutelas antecipadas para as cautelares ou das cautelares incidentais para antecipação, mas impossível quando se tratar de cautelares antecedentes para antecipação de tutela, pois existindo alguns óbices científicos – como a inércia da jurisdição – há outros óbices procedimentais, tendo em vista que não havendo pretensão satisfativa posta em juízo não seria possível tal situação.

Particularmente nos afinamos com esta última corrente que não vê possível, no atual modelo legal brasileiro, esta possibilidade, pois não há veículo para transformar-se uma cautelar em antecipação. Antecipação de quê? Ou haveria a hipótese de uma satisfativa sumária ou evidente, ou não haverá como operacionalizar-se. Esta situação poderá ser equacionado *de lege ferenda*, tendo em vista a existência de alguns projetos legislativos que preveem tal possibilidade, disciplinando a operabilidade desta hipótese.

Não vemos como seja possível o juiz romper o princípio da inércia da jurisdição e conceder uma tutela antecipada, isto é, satisfativa e aguardar que, em 30 dias, o autor – que pleiteou cautelar – ajuíze a ação principal. A nosso ver estaria prestando jurisdição de ofício, o que nos parece vedado. Há que se aclarar que a ideia do artigo 273, § 7º do CPC, é permitir o maior aproveitamento dos atos processuais possíveis para dar maior efetividade, todavia, há situações em que a inabilidade dos autores prejudica a substância, pela falta de forma adequada da condução da pretensão. Se o legislador quisesse ampliar a aplicação teria dito no próprio texto, mas não disse. Nestas circunstâncias, entretanto, por diversas vezes, é impossível a aplicação da teoria do aproveitamento dos atos processuais, sob pena de causar mal maior.

Esta concepção que acolhemos juntamente com parte da doutrina e, por todos, citamos Arruda Alvim<sup>68</sup>, inadmite a dupla via da fungibilização, para a antecipação exige um grau maior de cognição e estaria concedendo que não foi pedido.

Tal polêmica poderá não mais ter sentido quando da edição do novo CPC, que está em fase preliminar

de debates, mas que, certamente, irá contemplar regras claras e objetivas para a tutela de urgência, inclusive quanto à sua multiutilização procedimental, pois uma das razões da alteração é de aparelhar os “engenheiros” do processo com ferramentas modernas para dar maior efetividade à prestação jurisdicional. Aguardemos.

## 9 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Um dos fatores de inibição das tutelas de urgência sob forma de subversão da certeza jurídica, que, como utopia funciona no inconsciente coletivo do processualista, é a regra da responsabilização da parte autora por eventuais prejuízos decorrentes da medida que ousou dar *antes* aquilo que só poderia ser dado ao *final*, acaso não se confirme a decisão.

Tal ideia se justifica na aplicação da sucumbência no bojo do processo ordinário. Entretanto, sua generalização, mesmo para as custas sucumbenciais, pode significar desvirtuamento decorrente da aplicação generalizante do princípio, como bem denuncia Ovídio Batista<sup>69</sup>. Com maior razão ainda sua ampliação para todos os campos do processo civil. Não se recomendaria sem antes uma grande reflexão, especialmente pela necessária inibição que impõe ao autor que tem razão, mas teme que no curso do processo, em função do imponderável, venha a lhe ser suprido este direito pela sentença, o que é possível que ocorra, como bem se identifica em sede de jurisprudência.

Marcante a norma no sentido de atribuir responsabilidade sem culpa, pois esta não faz parte do tipo legal prevista no CPC, mas decorre exclusivamente do manejo do processo que experimentaram os eventos previstos na lei. É responsabilidade pelo fato de buscar sua pretensão em juízo – satisfativa ou cautelar – que por alguma razão não foi conferida pelo poder estatal. Sem sombra de dúvida, alguns eventos poderiam ser marcados pela responsabilidade objetiva, especialmente aqueles previstos nos incisos II e III, do artigo 811<sup>70</sup>, uma vez que decorrentes de desídia do autor, mas não os demais, que tratam do mérito da pretensão.

O nosso CPC, como supra afirmado, adota a teoria objetiva do sistema alemão ao abandonar a teoria subjetiva prevista no CPC de 1939, com dito por Galeno de Lacerda<sup>71</sup>, prevendo norma expressa para aplicação deste princípio. A primeira delas refere-se as cautelares, nos termos do já referido artigo 811, que imputa ao requerente da ação suportar, além da sucumbência, os prejuízos que a execução da medida vier a causar ao requerido, independentemente da aplicação da má fé processual prevista no artigo 16 do mesmo código, mas que depende de identificação de culpa. Convivem,

destarte, os dois regimes de responsabilidade, como bem assina Alcides Munhoz da Cunha<sup>72</sup>.

Ora, quando se pede proteção ao direito subjetivo material que está em risco, pretende-se justamente a intervenção do Estado naquela esfera, pois este próprio Estado retirou do particular qualquer tipo de ação. Tal situação, frente às normas sob comento cria um paradoxo de intrincado desate ao mesmo tempo em que nada posso fazer a não ser buscar o abrigo no Estado, estou sujeito a ser responsável, do ponto de vista patrimonial, por assim ter agido e não ter logrado êxito em demonstrar o direito ameaçado em juízo. Mesmo assim, nem doutrina nem jurisprudência divergem da aplicação normativa do artigo 811, que decorre da vontade política do legislador, sendo, portanto, metajurídica e indiscutível em sede de teoria do processo.

Nem só às medidas cautelares se aplica a regra da responsabilidade objetiva, as medidas interinais também. Como se vê do texto do artigo 273, § 3º<sup>73</sup>, quando houver antecipação de tutela que se deva buscar via execução de título provisório, conforme disposto no artigo 475 O, § 1º<sup>74</sup> a regara é a mesma, responde o exequente a reparar os danos que o executado haja sofrido, não sendo necessária a presença da culpa, bastando para tanto o exercício do direito de antecipar provisoriamente os atos executivos com base em título executivo provisório que venha a se modificado por decisão em sede recursal.

Assim, portanto, tanto em sede de antecipação de tutela como de execução provisória, que não deixa de ser uma técnica de tutela antecipada, pois antecipa os efeitos do provimento final, está presente a regra de que o autor/exequente deve suportar eventuais prejuízos decorrentes da execução efetuada com base em título provisória, que decorrem da técnica de antecipar os efeitos finais da sentença – antecipação – ou do processo de execução.

O sistema, diante de tal exigência legislativa, tenta se proteger, permitindo ao juiz, em qualquer das circunstâncias, exigir garantia para que possa, com tranquilidade, “decidir” antes de se encerrar o ciclo da cognição plena e exauriente. A técnica da caução, como previsto nos artigos 804<sup>75</sup> e 475-O, III<sup>76</sup>, do CPC, permitem encarcerar o processo ao sistema da segurança plena, mas criando, todavia uma falsa ideia de que se possa tutelar direitos de forma diferenciada e buscar uma instrumentalidade valorativa com fundamento nos princípios e postulados constitucionais. Este óbice está posto, e tanto doutrina como jurisprudência devem refletir sobre como ultrapassá-lo a fim de concretizar uma verdadeira tutela diferenciada emergencial a contrapor-se com a clássica prestação jurisdicional

representada pelo binômio da ordinariedade – cognição/ execução – lúdima representante do dogmatismo racionalista do século XVIII.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444 de 7 de maio de 2002. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 108.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CALAMANDREI, Piero. *Providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- CAMERINI Fabrizio. *Teoria geral da tutela mandamental*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. São Paulo: Forense, 2005.
- CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutela de urgência: análise teórica e dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *A reforma da Reforma*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DIAS, Beatriz Catarina. *A jurisdição na tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e métodos*. São Paulo: Vozes, 2004.
- GUILLÉN, Victor Faren. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: [s. n.], 1953.
- HOMMERGIND, Adalberto Narciso. *Fundamento para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- KUHN, João Lacê. Justificativas da tutela de urgência. In: *Plural – Revista Jurídica da ASABB*, fev. 2007.
- LACERDA, Galeno de. *Comentários ao código de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. VIII, tomo I.
- LARA, Betina Rizzato. *Liminares no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratados das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998. Tomo I.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NEVES Celso. Introdução. In: VATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PORTO, Sergio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998.
- QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RIBEIRO, Darcy Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência*: Di Piero Calamandrei a Ovídio Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Do processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

## NOTAS

- <sup>1</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 121-122.
- <sup>2</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1.
- <sup>3</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- <sup>4</sup> QUARTIERI, Rita. *Tutelas de urgência na execução civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, Apresentação de Donaldo Armelino, p. XIII.
- <sup>5</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e métodos II*, Editora Vozes, 2004, p. 71. “O modo de ser de uma coisa só se expressa quando falamos

sobre ela. O que entendemos por verdade: revelação, desocultação das coisas, portanto, sua temporalidade e historicidade. Em todo o nosso esforço para dizer a verdade, descobrimos admirados que não podemos dizer a verdade sem interperação e sem resposta e assim sem o caráter comum do consenso obtido”.

- <sup>6</sup> HOMMERGIND, Adalberto Narciso. *Fundamento para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 206. “A questão que se coloca, por qualquer ângulo que se vislumbre o problema, diz respeito, pois, principalmente ao mito da verdade, uma vez que sua busca obstinada é um dos fatos que contribui para a não-efetividade da tutela antecipada, e por consequência, a do processo”.

- 7 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- 8 ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 208-214.
- 9 SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência*: Di Piero Calamandrei a Ovídio Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 319. “O direito processual moderno deve ser o resultado da prática do mundo cotidiano. Ele não pode estar em uma ‘estratosfera’ diante do mundo da vida. De nada adianta o Processo, se ele não é capaz de solucionar os impasses do mundo cotidiano”.
- 10 CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutela de urgência*: análise teórica e dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 111.
- 11 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 169.
- 12 AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 932. “Os postulados normativos foram definidos como deveres estruturais, isto é, como deveres que estabelecem a vinculação entre elementos e impõe determinada relação entre eles. Nesse aspecto, podem ser considerados formais, pois dependem da conjugação de razões substanciais par sua aplicação”.
- 13 KUHN, João Lacê. Justificativas da tutela de urgência, In: *Plural – Revista Jurídica da ASABB*, p. 79 e segs., fev. 2007.
- 14 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
III – a dignidade da pessoa humana; [...]
- 15 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]
- 16 Dos Direitos e Garantias Fundamentais  
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
17 II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;  
18 LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;  
19 I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.  
20 XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;  
21 LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;  
22 LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;  
23 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.  
24 LXXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).  
25 NEVES, Celso. Introdução in: *Da cognição no processo civil*, de Kazuo Watanabe, São Paulo: RT, 1997, p. 13.  
26 Ob. cit., p. 13.  
27 GUILLÉN, Victor Faren. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, p. 53.  
28 WATANABE Kazuo. *Da cognição no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 95 e 96. “A probabilidade tem graus. Em matéria criminal, Malatesta estabelece a seguinte gradação, que se nos afigura aplicável inclusive ao processo civil: relativamente a determinado objeto, é possível a mínima probabilidade, que denomina verossímil, uma probabilidade média, que chama de provável e a probabilidade máxima, que seria o probabilíssimo”.
- 29 MIRANDA, Pontes de. *Tratados das ações*, Tomo I, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, Bookseller, 1. ed. São Paulo, 1998, p. 131-132. “As classificações de ações de que usaram os jurista europeus estão superadas. Assim a classificação binária como a classificação ternária (ação declaratória, ação constitutiva, ação condenatória) não resistem às críticas e concorrem para confusões enormes que ainda hoje estalam nos espíritos de alguns juristas, como também não viam que uma coisa é força de sentença (eficácia preponderante) e outra a eficácia imediata ou a mediata, sem se falar nas duas menores, com que se completa a constante da eficácia das ações e das sentenças”.
- 30 SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada*, editado por Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1979, p. 84. “O maior mérito de Pontes de Miranda, como processualista, sem dúvida, consiste na sua doutrina sobre eficácias das sentenças. Através da ampla revisão doutrinária que, num trabalho gigantesco, realizou o grande mestre brasileiro, se pode visualizar a jurisdição e o processo sob ângulo totalmente moderno e distinto e capaz de superar-se o *beco sem saída*, em que se encontrava a doutrina tradicional sempre que necessitava não propriamente, classificar sentenças, coisa considerada despidianda e inútil...”
- 31 SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, RT, São Paulo, 1996, p. 107-108. “As raízes do *conceitualismo* moderno, responsável pela criação do chamado ‘mundo jurídico’ e pelo extraordinário divórcio entre as criações puramente normativas do direito e o ‘mundo social’, a que depois Kant emprestaria seu prestígio e autoridade, de que se fez arauto Savigny, no campo da doutrina jurídica –, podem ser descobertas nas vertentes ideológicas presentes no pensamento dos filósofos do século XVII, particularmente em Hobbes e Leibniz; o primeiro, tanto quanto Descartes, integrante da corrente voluntarista, originária da filosofia medieval de Dun Scot e Ockham, para os quais o direito. como depois vulgarizou-se na doutrina moderna, era expressão da vontade do soberano; o último a reivindicar tanto para moral quanto para o direito o *status* de ciências racionais, puras, a prescindir da experiência, como igualmente Descartes preconizava para todos os gêneros de conhecimentos verdadeiros”.
- 32 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 128 e segs.
- 33 QUARTIERI, Rita. Ob. cit., p. 4. “Ao erigir a execução, a uma fase, que complementa a atividade jurisdicional (a qual não se encerra com a prolação da sentença de mérito. CPC, art. 162, § 1º), o legislador demonstra, com a inovação, que a sentença condenatória, por si só, não basta para a outorga da prestação jurisdicional. Para este fim, ela *depende de execução*”.
- 34 RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, p. 161. “Modernamente, las legislaciones procesales están cada vez más adaptadas a los nuevos problemas de la sociedad, nacidos de una economía que se expande progresivamente a través de ‘prestaciones de hecho’, y que traen consigo, em consecuencia, el crecimiento de las actividades económicas de ‘prestaciones de servicios’ ligadas a la revolución tecnológica, en donde las prestaciones personales e no fungibles ganan un lugar privilegiado”.
- 35 PORTO, Sergio Gilberto. *Coisa julgada civil*. Editora Aide, 2. ed., Rio de Janeiro, p. 24. “Quanto à ação mandamental, mais uma vez, o festejado mestre, buscando a inspiração no direito alemão (Georg Kutzner e James Goldschmidt), demonstra a existência de uma ação cujo objeto primordial é uma ordem do juízo para que alguém ou algum órgão faça ou deixe de fazer alguma coisa, pois é esse o sentido da pretensão deduzida”.
- 36 CAMERINI Fabrizio. *Teoria geral da tutela mandamental*. Quartier Latin editora, São Paulo, 2007, p. 76. “É uma demanda que não aparelha uma posterior ação ou fase de execução, já que o mandado é expedido, via de regra, automaticamente com o trânsito em julgado”.
- 37 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 351. “Na sentença mandamental o juiz tutela integralmente o direito do autor, enquanto a tutela condenatória constitui uma ‘tutela pela metade’, já que correlacionada com a ação de execução. É preciso que se perceba que não há ordem ou uso de coerção na sentença condenatória, há, simplesmente declaração e aplicação da sanção”.
- 38 Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
- 39 CPC art. 14, “V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”.
- 40 SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada*, Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1979, p. 87. “Nessa perspectiva, a nota peculiar à sentença mandamental reside na circunstância de conter a respectiva demanda, de que ela é consequência, uma virtualidade especial, para *por si só e independentemente de uma futura demanda, realizar transformações no mundo exterior*; no mundo dos fatos”.
- 41 SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Forense, São Paulo, 1999, p. 77. “A tutela cautelar deve ser temporária em dois sentidos que, todavia, não coincidem com aquele indicado por Calamandrei, de tutela preordenada à proteção do provimento principal definitivo e que deveria ter sua duração condicionada à prolação da sentença principal. A tutela cautelar é *temporária*”.
- 42 CALAMANDREI, Piero. *Providencias cautelares*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 36. “Es conveniente no pasar adelante

- sin advertir que el concepto de *provisoriedad* (y lo mismo el que coincide con él, *de interinidad*) es un poco diverso, y más restringido, que el de *temporalidad*. *Temporal* es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada: *provisorio* es en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de *provisoriedad* subsiste durante *el tiempo intermedio*".
- <sup>43</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*; tutelas sumárias e de urgência, Malheiros Editora, São Paulo, 1998, p. 120. "Na verdade, o provimento cautelar, embora possa ter características cognitivas ou executivas, será sempre e necessariamente provisório, ou seja, interino. Jamais assume caráter definitivo".
- <sup>44</sup> § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada
- <sup>45</sup> § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada
- <sup>46</sup> Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.
- <sup>47</sup> Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.
- <sup>48</sup> O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor.
- <sup>49</sup> Art. 47. Pode o portador promover a execução do cheque.
- <sup>50</sup> Art. 59. Prescrevem em 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação, a ação que o art. 47 desta lei assegura ao portador.
- <sup>51</sup> São títulos executivos extrajudiciais:  
I – a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; [...].
- <sup>52</sup> A ação de enriquecimento contra o emitente ou outros obrigados, que se locupletaram injustamente com o não pagamento do cheque, prescreve em 2 (dois) anos, contados do dia em que se consumar a prescrição prevista no art. 59 e seu parágrafo desta lei.
- <sup>53</sup> É admissível a ação monitoria fundada em cheque prescrito.
- <sup>54</sup> Salvo prova de novação, a emissão ou a transferência do cheque não exclui a ação fundada na relação causal, feita a prova do não pagamento.
- <sup>55</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*, RT, São Paulo, 202, p. 278. "O que caracteriza a tutela cautelar é seu escopo, voltado para a *segurança* de efetiva tutela e não para satisfação do *direito material* necessitado de tutela, ou melhor, ao hipotético direito substancial carente de auxílio estatal".
- <sup>56</sup> DIAS, Beatriz Catarina. *A jurisdição na tutela antecipada*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 99. "A tutela cautelar não concede, antecipadamente, aquilo que foi pedido, mas busca resguardar e proteger a futura eficácia do provimento final".
- <sup>57</sup> CALAMANDREI, Piero. Ob. cit., p. 45. "Hay, pues, em las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela *mediata*: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, em las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, em efecto, de una manera inevitable, um medio predispuerto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es um medio para la actuación del derecho; esto es, son, em relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, *instrumento del instrumento*."
- <sup>58</sup> CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. Forense, São Paulo, 2005. p. 39.
- <sup>59</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 6. ed. Malheiros, São Paulo, 1998, p. 261.
- <sup>60</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Forense, 2002. p. 301.
- <sup>61</sup> SILVA, Ovidio Baptista de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, 3. ed., RT, São Paulo, 2000, p. 17. "A tutela cautelar faz parte do gênero de *tutela preventiva* e tem por fim dar proteção jurisdiccional ao direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, mas que não se identificam com os denominados direitos subjetivos. Na verdade, a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas os direitos subjetivos, mas igualmente, e, poderíamos dizer até, preponderantemente, proteger pretensões de direito material, ações e exceções, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito encontram-se sob ameaça de um *dano irreparável*".
- <sup>62</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdiccional às formas de tutela*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 155.
- <sup>63</sup> ZAVASKI, Teori Albino. Ob. cit., p. 48. "Antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor e, sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória com antecipação *da sentença*. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem constituição e tampouco a condenação porventura pretendida como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos daquela tutela. Em outras palavras: não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória) da sentença; antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos".
- <sup>64</sup> FUX Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 311-312. "O problema se põe no plano fático, sobre ser evidente ou não o direito demonstrado ao juízo para viabilizar a tutela sumária não cautelar, de satisfatividade plena e por vezes irreversível. Os fatos, como sabido, são levados ao juízo através de provas, razão pela qual, quando se fala em direito evidente, diz-se direito evidenciado ao juízo através das provas. Esse caráter é misto de atributo material e processual. Sob ângulo civil, o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria. *Mutatis mutandis* poder-se-ia aplicar à evidência a doutrina da "liquidez e certeza" que informa o mandado de segurança e a execução".
- <sup>65</sup> LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*, 2. ed., RT, São Paulo, 1994, p. 22. "A liminar, não obstante ser um instituto jurídico autônomo, com sua utilização regulamentada por normas específicas, é, muitas vezes confundida com a medida cautelar".
- <sup>66</sup> FABÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de direito processual*. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 195. "Rigorosamente, liminar é só o provimento que se *emite inaudita altera parte*, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação. Não é outra a contestação que se extrai dos próprios textos legais, que em numerosas passagens autorizam o juiz a decidir liminarmente *ou* após justificação. Assim, formulada alternativamente, a proposição já sugere que, na segunda hipótese, não se trata de liminar, pelo menos em estrito sentido."
- <sup>67</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da Reforma*, 5. ed. rev. e atual., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 92. "O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida antecipação de tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que *tanto se pode substituir um por outro, como outro por um*".
- <sup>68</sup> ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444 de 7 de maio de 2002. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 108, p. 107-110, 2002.
- <sup>69</sup> SILVA, Ovidio Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 200. "Esta justificação dada ao princípio da *responsabilidade objetiva*, perfeitamente aceitável no que se refere às custas atribuídas ao sucumbente, a nosso ver, ressent-se de duas inconveniências quando generalizado para justificar os demais gravames que nosso sistema lhe impõe, fundado na mesma responsabilidade sem culpa".
- <sup>70</sup> Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:  
I – se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;  
II – se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;  
III – se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;  
IV – se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).  
Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.
- <sup>71</sup> LACERDA Galeno de. *Comentários ao código de processo civil*, v. VIII, tomo I, 7. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 313. "Certo, portanto, o Código atual, ao adotar no artigo 811 o sistema alemão e austríaco, da responsabilidade objetiva, abandonando a teoria subjetiva consagrada pelo art. 688 do Código de 1939. Não há que cogitar, sequer, da prudência ou imprudência do agente, como querem os códigos português e

italiano. Bastam os fatos configurados no artigo 811 para a caracterizar a responsabilidade do autor.<sup>72</sup>

<sup>72</sup> CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*, v. 11, São Paulo, RT, 2001, p. 765. “A par do regime de responsabilidade patrimonial objetiva para os danos jurídicos efetivamente sofridos por aquele que suportou os efeitos de uma constrição judicial provisória, sob demanda de parte, o ordenamento processual brasileiro contempla ainda a responsabilidade patrimonial subjetiva por danos processuais daquele que atua no processo com má fé”.

<sup>73</sup> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (*Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002*).

<sup>74</sup> Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (*Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005*).

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; (*Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005*).

<sup>75</sup> Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

<sup>76</sup> III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

---

Recebido em: 10/04/2013; aceito em: 17/07/2013.