

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CAROLINA SALLES QUARESMA

PELA SISTEMATIZAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

**FLORIANÓPOLIS
2009**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PELA SISTEMATIZAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Trabalho de conclusão do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, apresentado pela acadêmica Carolina Salles Quaresma, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Eduardo de Mello e Souza.

FLORIANÓPOLIS (SC), JUNHO DE 2009.

Dedico esta conquista a meus pais e a meu irmão, pela compreensão incansável dos momentos ausentes.

A Diego, por toda ternura e cumplicidade.

A meus avós, fonte inesgotável de carinho e amor.

AGRADECIMENTOS

Minha imensa gratidão a todos aqueles que de qualquer forma contribuíram para a conclusão deste trabalho, e em especial:

- Ao Dr. Leopoldo Augusto Brüggemann, amigo e mestre, com quem aprendi o que a faculdade de Direito não ensina; por toda atenção e carinho, sempre.

- Ao Desembargador João Eduardo Souza Varella, detentor de excepcional capacidade intelectual e pessoa extraordinariamente singular; por toda confiança e apreço.

- Ao Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho, pela lição de vitalidade convertida em sua dedicação ao labor e ao estudo; por toda confiança e respeito.

- Ao Professor Eduardo de Mello e Souza, pelas oportunas sugestões;

- À Nilda, sempre receptiva; pela prontidão e eficiência.

- À Helena, em nome dos funcionários da Secretaria do Curso de Direito, sempre prestativa e eficiente.

- Às funcionárias da Biblioteca do Tribunal de Justiça, pela atenção e presteza.

- Aos meus pais, Cléo e Leonor, pelo incondicional apoio, pelo exemplo, pela força, pela vida.

- Ao meu irmão, Bernardo, pela alegria de simplesmente estar junto;

- Ao Diego, por ser tudo que representa para mim.

- Aos colegas de trabalho, pela compreensão e apoio;

- Aos meus bons amigos, presentes nas horas certas.

“Convien decidersi a uma riforma fonamentale o rinunciare alla speranza di um serio progresso”.

Chiovenda

“A missão primordial da escola é renovar, progredir, aprofundar o conhecimento, revelar o incógnito, estimular a especulação, desenvolver o ânimo criador e melhorar as instituições sociais. A escola vive entre dois mundos: o passado e o porvir. O presente é o seu ponto de encontro. Deve ser uma renascença e um arrebol (...)”.

Alfredo Buzaid

RESUMO

As tutelas de urgência são essenciais a qualquer ordenamento jurídico. Suas raízes, nascidas em solo romano, possibilitaram a grande difusão do gênero preventivo que esta cultura representou. O desenvolvimento processual brasileiro concretizou-se com a influência luso-hispânica, por meio das Ordenações portuguesas. No Brasil, as tutelas de urgência foram introduzidas ao ordenamento jurídico em 1939, no Código de Processo Civil. O novo Código Processual, de 1973, recebeu influência notadamente italiana, e foram as reformas processuais de 1994 e 2002 que determinaram a nova redação do art. 273 do diploma legal, representando uma verdadeira revolução quanto aos possíveis efeitos da antecipação da tutela. A questão pertinente é se essas reformas trazem coerência ou distanciam-se cada vez mais de seu escopo original, considerando as divergências da doutrina, presentes mesmo na Comissão Revisora, e as novas propostas para mais uma reforma nessa área processual.

Palavras-chave: tutelas de urgência; tutela cautelar; tutela antecipatória; reforma do Código de Processo Civil; divergências na Comissão Revisora.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
1.1 O Direito romano-canônico.....	11
1.2 A influência luso-hispânica	17
1.3 O Código de Processo Civil de 1939.....	24
2 O SISTEMA DE TUTELA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973	31
2.1 A nova disposição das tutelas e a influência italiana.....	31
2.2 Buzaid e a exposição de motivos	38
2.3 O acesso à justiça e a Constituição de 1988.....	43
3 REFORMA E CONTRA-REFORMA	48
3.1. As reformas de 1994 e 2002	48
3.2 Reforma e contra-reforma (o cisma na Comissão Revisora).....	56
3.3 Projeto Ada Pellegrini Grinover X Projeto Athos Gusmão Carneiro	60
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69

INTRODUÇÃO

São inúmeras as razões para suscitação do tema – a sistematização das tutelas de urgência –, tendo em vista a preocupação com a coerência sistêmica do Código de Processo Civil, que mesmo após algumas reformas, busca preservar sua integridade.

O método utilizado nesta pesquisa é o indutivo.

Estabeleceu-se, no capítulo inaugural, um breve esboço histórico sobre as tutelas de urgência.

O surgimento das tutelas remonta à Roma Antiga. Ao longo dos séculos, este instituto processual desenvolveu-se, recebeu a influência luso-hispânica, integrou as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, para no Brasil, ser inserida ao ordenamento jurídico em 1939 no Código de Processo Civil.

Neste diploma legal, as tutelas preventivas estavam dispostas no processo de conhecimento, em virtude de sua grande intimidade com a teoria das provas, e vinham dispostas no Livro V, denominado “Dos processos acessórios”.

Já no segundo capítulo, configurado outro momento histórico e político, a influência italiana foi inegável ao determinar as diversas direções no novo Código de Processo Civil, do ano de 1973. Neste, o processo cautelar encontra-se disposto em livro próprio, o Livro III, intitulado “Do processo cautelar”, segregado do processo de conhecimento.

Ainda neste capítulo, uma homenagem ao Professor Alfredo Buzaid, com referências à exposição de motivos do Código de Processo Civil e seus comentários. O acesso à justiça e a Constituição de 1988 também foram privilegiados nesta seção.

No terceiro capítulo, desenvolver-se-á uma análise das duas principais reformas processuais introduzidas no Código Processual Civil.

Em 1994 veio a primeira grande reforma que levou de volta ao processo de conhecimento as tutelas de urgência, pela promulgação da Lei n. 8.952, a qual entre outras alterações, determinou a nova redação do art. 273 do Código de Processo Civil. Uma verdadeira revolução quanto aos possíveis efeitos da antecipação da tutela.

E em maio de 2002, outra reforma processual foi aderida ao ordenamento por meio da Lei n. 10.444, em que foi determinada nova alteração do texto do art. 273 do Diploma Processual Civil, instituindo os parágrafos sexto e sétimo e a modificação do parágrafo terceiro.

Ao fim, este trabalho tem por objetivo demonstrar as novas propostas que surgiram para estabilização da antecipação dos efeitos da tutela, assim como outras alternativas no sentido de preservar algumas características deste instituto.

O tema é controverso. A própria Comissão Revisora possui divergências entre seus membros.

A questão que impera é se novas reformas são necessárias e se irão atingir seu real escopo. Por isso, a discussão é válida e incita ao profícuo debate.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 O DIREITO ROMANO-CANÔNICO

As tutelas preventivas encontram suas origens no Império Romano. Na organização da sociedade romana, era dever do Estado não permitir que uma pessoa exercesse opressão sobre outra, e que reclamação alguma deixasse de ser solucionada na forma estabelecida.

Willard de Castro Villar ensina que “a distribuição da justiça era elemento da mais alta prioridade do Estado romano, de maneira a dar a cada um o que é seu – o *jus suum cuique tribuendi*” (1971, p. 15).

No período Clássico romano, a *legis actiones* deu origem a uma medida com efeito cautelar, a *legis actio per manus injectionem*. “*Manus injectio* significa literalmente ‘pôr a mão sobre o ombro’. Consistia em uma ação contra o devedor para fazer valer uma obrigação, que se iniciava com a ‘apreensão material’” (GUERRA FILHO, 1997, p. 158/159).

Faz-se necessário ressaltar que esta medida era eminentemente executiva, e que nesta época era freqüente a confusão entre a essência das tutelas, pois não assumiam a forma como hoje são conhecidas.

No século III a. C., com o surgimento da Lei das XII Tábuas, há a figura do *addictus*, condição a que ficava submetido o inadimplente, que, por ordem do magistrado, era preso para saldar a dívida em até sessenta dias. “Caso isso não ocorresse, a medida cautelar se convertia em executiva, recaindo sobre a pessoa do credor, o qual poderia ser vendido fora da cidade, como escravo, ou mesmo, morto” (CALVOSA *apud* GUERRA FILHO, 1997, p. 159).

Com a evolução da estrutura estatal, os antigos poderes conferidos aos membros da magistratura – sacerdócio, justiça e comando – antes aglutinados em uma mesma pessoa, foram sendo apartados e conferidos a vários magistrados. Ao pretor, foi determinada a distribuição da justiça.

Ovídio A. Batista da Silva descreve a natureza da atividade do pretor:

Enquanto o juiz privado (*iudex*) do procedimento formulário e depois os magistrados do processo extraordinário – já nas fases de desagregação do Império Romano – limitavam-se a produzir sentenças meramente declaratórias do direito controvertido na causa, posto que a *condemnatio*, tanto no direito romano quanto em nossa moderna sentença condenatória, nada mais é, no plano do direito material, do que simples declaração (Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual*, 1977), o *praetor* romano, através de interdito, exercia atividade imperativa, seja promovendo atos executórios, como a *missio in possessionem*, seja ordenando a prática ou a abstenção de certos atos ou de determinados comportamentos (1997, p. 9).

Entre outras funções, o *praetor* criava direitos não previstos no *ius civile*, além de eliminar eventuais equívocos e preencher lacunas. “Era, em suma, o poder de comandar, de ordenar e de socorrer-se da força para fazer valer a sua autoridade” (VILLAR, 1971, p. 17).

Com mais proximidade da medida cautelar, tal qual é conhecida hoje, havia a *novi operis nuntiatio*, que consistia em suspender a obra iniciada. Ao seu lado estava a *cautio damni infecti*, caução para garantia do requerente. Na ausência de caução, o pretor imitia o requerente na posse dos bens do requerido (VILLAR, 1986, p. 44).

Além destas duas medidas, o pretor ainda poderia determinar *stipulationes* e *cautiones*.

As *stipulationes praetoriae* eram o instrumento típico utilizado pelos romanos para fazer cumprir a obrigação, substancialmente prático. Assim, “por solicitação de um interessado, o magistrado determinava mediante um decreto (*iussum cavendi*), após a devida análise das circunstâncias apontadas, que alguém se obrigasse com o postulante por meio de uma *stipulatio praetoria*” (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 118).

Se não fosse cumprida a determinação, o pretor poderia obrigar o devedor a saldar seu débito por meio de vários institutos, entre eles a *missio in possessionem* contra seu patrimônio.

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo,

Sendo múltiplos os objetivos das *stipulationes praetoriae*, os juristas clássicos procuraram agrupá-las de forma sistemática. Assim, para Pompônio, as estipulações eram pretorianas, judiciais e comuns. As primeiras, fundadas no *imperium* do magistrado, geralmente possuíam natureza cautelar, seja para tutelar um determinado interesse, seja para prevenir eventual dano irreparável a um dos litigantes. As judiciais, que se verificavam na fase *apud iudicem*, e que tinham por escopo a assecuração do cumprimento da sentença ou de outra

ordem judicial. Por fim, as *stipulationes communes*, nas quais concorriam os pressupostos das duas anteriores espécies (1996, p. 118).

Para Ovídio A. Baptista da Silva, as instituições e o direito hoje conhecidos em muito se parecem com diversos pontos do desenvolvimento jurídico romano-canônico.

A respeito, leciona que essa limitação nas formas e instrumentos destinados à tutela jurisdicional dos direitos “é inteiramente coerente com o conceito romano de jurisdição, concebida como simples *jurisdictio*, desprovida de *imperium*, exercida através do procedimento privado da *actio*”, excluindo as duas funções desenvolvidas pelo *praetor* romano, “através dos interditos, quais sejam a tutela executiva e a mandamental” (1997, p. 9).

Apesar de Roma não ter desenvolvido qualquer teoria de processo cautelar, a atividade que o pretor exercia era nitidamente de direito acautelatório.

Willard de Castro Villar esclarece:

O Direito Romano não isolou uma ação cautelar, como conhecida no Direito Moderno, e com as mesmas finalidades de acautelar aos interesses das partes, mas, graças ao império de que eram dotados alguns magistrados romanos (pretor em Roma, governadores nas províncias) conseguiram estes introduzir naquele organismo um verdadeiro poder geral de cautela (1971, p. 21).

Surge assim o seqüestro. No Digesto, esta medida já era definida por Paulo, em 16.3.6: “*Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur*”.

Isso significa dizer “que o depósito, em mãos de terceiro, chamado *sequester*, de uma coisa sobre a qual existia disputa, tendo aquele o dever de guardá-la e entregá-la ao vencedor” (SANCHES, 1978, p. 4).

Modestino apresentou no Digesto, 50.16.110, o seqüestro do dote da mulher, quando o marido o colocasse em perigo: “*Sequester dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt*”. E o seqüestro necessário se a mulher sofresse de algum gênero de transtorno mental: “*Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*” (Digesto, 24.3.22, § 8).

Existia, ainda, o seqüestro de menores (*de liberis exhibendis*), no Digesto, 43.30.3, § 6, para os casos de o pai pedir a restituição dos filhos.

De acordo com Pontes de Miranda,

Nem o direito romano, nem, ainda, o canônico, tiveram o arresto, mas conseguiam resultados, aproximados, com a *missio in possessionem* e a *sequestratio*, a que poderíamos acrescentar a legítima defesa. Daí as semelhanças, como entre a *missio rei sevandae causa* e arresto, ou entre o *arrestum Saxonicum* e a *missio romana*, com o efeito de penhor tácito (1999, p.11).

A *missio in possessionem* desdobrava-se na medida preventiva pela qual o pretor, a requerimento do interessado, ordenava a entrega da coisa litigiosa a um dos litigantes ou a um curador. Era uma medida discricionária, particular ao *imperium* do magistrado, de natureza preventiva, preparatória ou coercitiva, admissível em inúmeras situações.

Willard de Castro Villar observa que esta imissão “aproveitava aos demais credores, mas não conferia uma posse jurídica. Tão-somente uma *custodia* e *observatio* dos bens” (1971, p. 21). Ressalta-se que como o imitado na posse tinha apenas detenção, não lhe era permitido utilizar os interditos quando se caracterizasse a turbação da detenção.

Para ser efetivada, deveria ser solicitada de modo formal, mediante uma *postulatio*, na qual o pretor, após cognição sumária, a deferia ou a denegava (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 117).

A *missio in possessionem*, assim, representou uma importante figura preventiva com o objetivo de preservar a coisa litigiosa, entregando-a a uma das partes ou a um curador.

Com a queda do Império Romano, “o direito romano encontrou asilo nos mosteiros e nas universidades criadas sob os auspícios da Igreja”, o que, aos poucos, possibilitou o surgimento de uma “sistematização de um direito paralelo” (SIDOU, 1997, p. 76/77). Surgia o Direito canônico.

De acordo com Sidou,

São Paulo, na primeira Epístola aos Coríntios (versículo 6), repreende com veemência os cristãos que vão decidir suas querelas no ‘juízo das injustos e não perante os santos’. Esse foi o impulso inicial para o juízo eclesiástico, tonificado pelas cartas dos primeiros pregadores, lidas nas assembléias antes do início dos cultos (1997, p. 77).

Embora não positivado, o Direito canônico tinha como fontes “os testamentos, a tradição e as palavras dos apóstolos”, mas a partir do século IV,

Constantino “reconheceu a validade das sentenças proferidas pelos bispos nos litígios entre cristãos” (SIDOU, 1997, p. 77), iniciando uma estruturação positivada das normas.

Desta maneira, o direito canônico manteve quase que de forma intacta sua influência em solos eclesiásticos, primeiramente pela cultura conservadora, e em um segundo momento pelas normas positivadas.

Em virtude dos procedimentos vetustos, houve a necessidade de agregar-se um processo mais célere, para abreviar, em casos de urgência, as formalidades do processo comum, o que possibilitou uma estranha fusão entre os conceitos de direito material romano.

Nas palavras de Galeno Lacerda:

Apareceu, então, no século XIII, em Itália, Espanha, França e Alemanha, o chamado *possessorium summarium* ou *summarissimum*, justificado por Savigny pela ‘necessidade absoluta de uma decisão imediata, embora provisória, contra a violência, acima de qualquer outra consideração, mesmo sobre a de uma convicção perfeita e um conhecimento completo dos fatos (2007, p. 105).

Esses interditos, no território alemão, foram chamados de *inhibitiones*, e tinham início com o *mandatum*, que consistia em uma ordem judicial de tutela do interesse reclamado, expedida mesmo sem a citação do réu.

No tocante a estes interditos, Lacerda acrescenta:

O que há de notável, porém, nas *inhibitiones* germânicas foi a extensão à tutela de relações de direito público, de acordo, aliás, com a maior sensibilidade dos povos germânicos do que o romano, para este tipo de vinculações jurídicas (2007, p. 106).

As *inhibitiones* germânicas eram admitidas em quatro hipóteses: “se o interdicante possuísse em seu favor direito ou costume velhos; se ocorresse ameaça a dano irreparável; se o ato atacado fosse contra a utilidade pública, ou se, enfim, houvesse *periculum in mora*” (ALMEIDA E SOUSA *apud* LACERDA, 2007, p. 106).

Para Lacerda, aí estão claramente delineados os conceitos básicos do processo cautelar moderno: o *fumus boni iuris*, a ameaça de dano irreparável e o *periculum in mora* (2007, p. 106).

Othon Sidou conclui:

Se por um lado o direito canônico assimilou os princípios do direito romano, adaptando-o aos interesses da Igreja e à evolução do mundo civil, foi ele também o grande fator do citado renascimento do século XII e o impulsionador da “recepção”, ainda mais porque os teólogos das escolas citadas permaneciam imbuídos de que o Sacro Império Romano, sintetizado na Igreja

confiada aos sucessores de São Pedro, era o legítimo sucessor da Roma dos césares (1997, p. 78).

Desenvolveu-se, então, uma mescla entre as diferentes culturas e tradições dos povos invasores, com uma ligeira prevalência do direito bárbaro, o que resultou posteriormente no denominado direito comum, principal fonte de normas durante a Idade Média.

Willard de Castro Villar leciona, quanto à penhora privada, que não possuía “qualquer verificação do crédito, contra a qual o devedor somente poderia se insurgir por meio de ação contraditória” (1971, p. 22):

Dessa penhora arbitrária do Direito longobardo surgiu o arresto de origem italiana. Terminada a fase de evolução, diz Pontes de Miranda, inicia-se a vida autônoma do processo de arresto. A ele é imanente o princípio, que desde então se lhe emprestou, de que merece proteção e segurança tudo que, pela deterioração econômica ou pela má-fé, ameace ofender direito (1971, p. 23).

Sobre o direito comum, o autor acrescenta:

Naquele período, há evidentemente, com o poder forte central, representado pelo magistrado na aplicação do Direito, um poder cautelar geral, para garantia do credor, se bem que ligada à execução, e sem que fosse conhecida uma teoria do processo cautelar, como terceiro gênero jurisdicional, como conhecida em nossos dias (1971, p. 26).

Apesar de as *cautiones* permanecerem como forma de medida cautelar, não conservaram a sua extensão genérica oriunda do direito romano. Agora, assim denominada, de acordo com Guerra Filho, “albergam-se as mais diversas modalidades de figuras cautelares, desde a caução fidejussória, passando pela constituição de penhor ou hipoteca, até o seqüestro de bens, como de pessoas” (1997, p. 159).

Desta maneira, “o seqüestro tinha natureza conservativa e não judiciária, como em geral entre os romanos. Trata-se, portanto, de uma forma de tutelar diretamente o crédito e não o juízo”, sendo, inclusive, “uma forma de autotutela, que em épocas mais recuadas exercia-se na forma violenta da *Wadia* – ou *Wifatio*, para os francos, a penhora arbitrária, depois dita *arrest* e *arrêt*” (SHIMURA, 1993, p. 50/51).

Como durante a Alta Idade Média a forma pactual era imperiosa, na qual em caso de inadimplência o devedor obrigava-se a prestar serviços de vassalagem até a quitação do débito, o *arrest* tornou-se a forma de garantir a execução da obrigação.

Este instituto fortaleceu-se com o desenvolvimento das relações mercantis, e passou a abranger também os estrangeiros, que em casos previstos eram submetidos à jurisdição da cidade ou feudo de seu credor.

No Direito Germânico, o arresto alude ao período carolíngio, com o instituto da *missio in bannum*, pelo qual a propriedade do demandado era embargada pelo conde e o que sobrasse da satisfação do demandante correspondia à parcela que tocava ao fisco, se o devedor não cumprisse suas obrigações jurídicas no prazo de um ano.

A partir desse período, o arresto passa a compreender não apenas os bens móveis, mas também os imóveis.

Willard de Castro Villar acrescenta que a *missio em bannum*

tem uma analogia exterior com a *missio in bona rei servandae causa* contra o *indefensus* do Direito romano, mas são diferentes, porque a *missio in bona* é concedida ao credor, enquanto a *missio em bannum* produz um verdadeiro seqüestro no patrimônio que, depois de um ano, se transmuda em confisco a favor do Estado” (1971, p. 23).

E Othon Sidou arremata, quanto aos sistemas tradicionais germânicos:

Os direitos germânicos, particularmente o longobardo e o franco, deles os mais ambiciosos, repetimos, não chegaram a exercer domínio pleno nas regiões conquistadas, e sempre se deixaram influenciar pelo direito romano, embora desfigurado (1997, p. 76).

Desta maneira, o desenvolvimento embrionário das medidas cautelares, bem como sua adaptação às culturas e tradições que sobrevieram à romana, deixaram claro que representariam em breve um grande instrumento para resguardar o direito do litigante.

1.2 A INFLUÊNCIA LUSO-HISPÂNICA

É na península ibérica que se torna completa a fusão dos procedimentos romano e germânico. Toda a regulamentação do processo é dirigida mediante *praeceptum de solvendo*, ou pelo juiz, que ordena a execução aos agentes a serviço do Tribunal.

Estas normas excessivamente procedimentais favoreceram a morosidade do processo, e permitiram, desse modo, a instituição de algumas formas mais céleres, conhecidas como procedimentos sumários.

Na Espanha, duas medidas cautelares, além do seqüestro e arresto, destacam-se pela maestria normativa: a primeira é a prevista no art. 1419 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, e a segunda, no art. 1428 do mesmo ordenamento jurídico.

A primeira norma dispõe que há direito a quem apresente documentos justificativos, “demanda em juízo a propriedade de minas, a de montes cuja principal riqueza consiste em arvoredos, e a de plantações ou estabelecimentos industriais ou fabris, consistindo o chamado asseguração dos bens litigiosos” (VILLAR, 1971, p. 41), na chamada ‘intervenção judicial da administração’ destes bens.

Para De Plaza, “trata-se de uma medida que procura assegurar o direito de quem está na posse em explorar a propriedade, mas, sem permitir que haja autonomia no destino do imóvel, que fica sujeito do controle de um fiscal judicial” (*apud* VILLAR, 1971, p. 41/42).

Willard de Castro Villar, ao citar Jaime Guasp, ensina:

Unicamente no que toca à administração, fica submetido a uma fiscalização ou controle que se exerce precisamente por meio do interventor judicial. O interventor tem o direito de conhecer de quantos atos de administração se verifiquem, para colocá-los ao conhecimento do juiz e informá-lo de qualquer novidade que se produza e assim o juiz possa resolver. Se o demandado oferece fiador para garantia das perdas e danos a intervenção pode cessar (1971, p. 42 – grifo do original).

É uma das facetas que a medida cautelar pode assumir: o direito de exploração da propriedade de quem se encontra na posse, por meio de um interventor judicial.

A segunda medida, disposta no art. 1428 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, confere ao juiz o poder de adotar medidas que, dependendo das circunstâncias, podem ser deferidas a fim de assegurar a efetivação da sentença, nos casos de execução desta que tenham por objeto obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa.

Baceña acredita que esse art. 1428 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* confere ao juiz poderes extraordinários, “sem outro limite que a necessidade mesmo, segundo as circunstâncias de cada caso: dentro de um critério de racionalidade, imposto pelas circunstâncias da obrigação, da situação do credor e do devedor”, o juiz pode conceder

tudo que considere conveniente para assegurar sua própria decisão (*apud* VILLAR, 1971, p. 43).

Jaime Guasp leciona:

Depois de mostrar que as medidas para garantir a execução das sentenças que tenham por objeto obrigações de fazer ou não fazer não podem ser de caráter *peçoal*, mas, apenas *patrimonial*, nas quais o juiz tem um poder discricionário, informa que o juiz pode adotar medidas desde intervenção, desapossamento, intimação para que pratique ou não determinado ato e “conserva poderes discricionários amplísimos” para exigir essas medidas (*apud* VILLAR, 1971, p. 42/43).

Nesse artigo, ao magistrado são conferidos enormes poderes discricionários, os quais o legitimam a exercer seu poder para, entre outras medidas possíveis, assegurar a efetivação da sentença.

José Sebastião Fagundes Cunha, ao analisar as medidas de urgência no Direito espanhol, assevera:

Quando a tutela cautelar opera adiantamento total ou parcial de efeitos da futura sentença do processo principal, o faz por ser este o único modo de cumprir a função encomendada, assegurar a efetividade de seus resultados, daí que a instrumentalidade, caráter fundamental das medidas cautelares, deva estar também presente com relação a medidas de conteúdo antecipatório.

Respeito a ele, o artigo 1428 LEC não oferece margem de dúvida, seja qual foi a medida adotada, deve necessariamente estabelecer-se uma relação com a resolução principal, com a qual, como já se disse, constitui ‘una especie de binomio lógico inescindible’ (1999, p. 146).

Assim, a tutela cautelar espanhola, quando adianta total ou parcialmente os efeitos da futura sentença do processo chamado principal, aí misturados os conceitos do direito brasileiro de medida cautelar e medida antecipatória, busca efetivar os resultados da decisão definitiva, dado seu caráter de instrumentalidade.

Já o direito português recebeu influência direta do direito romano, que atrelado às tradições e costumes nacionais, foi determinante em sua evolução. “Sofreu ainda [o direito português] a influência dos povos que invadiram a Europa, notadamente onde a civilização romana se estendera” (VILLAR, 1971, p. 43).

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, “as Ordenações Afonsinas cuidavam da tutela cautelar no livro Terceiro, título XXV, sob a epígrafe *Do reo, que he obrigado a satisdar em Juízo, por não possuir bees de raiz*” (1992, p. 44).

Nesse título era assim disposto:

Se o Author movesse demanda contra o Réo sobre alguma cousa movel, dizendo que lhe pertencia per direito, ententando sobrella alguuma aução real, ou pessoal, e o Réo não possuísse bens de raiz tantos, que valessem como a cousa demandada, em tal caso o Julgador, sendo pera ello requerido, deve costringer o dito Réo, que satisfê com pinhores ou fiadores abastantes pera ello, que estará sempre a Juizo da dita contenda, e que não desbaratará a dita cousa demandada ate o feito ser findo per sentença defenitiva, em tal guisa que sendo essa cousa julgada ao dito Author, possa-lhe logo ser entregue sem outra delongua, e difficuldade; e nom satisfando como dito he, em tal caso deve o Julgador mandar poer em socesto essa cousa demandada ate o feito ser findo, pera se entregue áquelle, a que pertencer (MIRANDA, 1999, p. 34).

E, em seus parágrafos:

1. E dizemos, que se no caso suso dito o Author renunciasse a demanda sobre dita, ou se afastasse della indo pera outra parte, nom leixando Procurador pera folicitar, ou a leixasse per qualquer guisa, em tal caso deve o dito Julgador mandar, que seja a dita cousa entregue ao dito Réo, nom embargante que fosse socestada condicionalmente, a saber, até que a data demanda fosse finalmente determinada.

2. E se algum homem demandar outro por alguma contia de dinheiro, ou qualquer outra quantidade, e o demandado fosse pessoa sospeita, que nom pessuisse beês de raiz, nem tivesse fazenda de beês movees, que valesse tanto quando a dita contia, ou quantidade demandada, porque razoadamente se tolhese a sospeição de sua ausencia, ou fugida, em tal caso deve o dito Julgador mandar ao dito Réo, que satisfê com pinhores abastantes, ou fiadores, de estar a Juízo na dita contenda, ate que finalmente seja determinada; e em outra guisa deve fazer socesto em qualquer cousa sua, onde quer que achada for, que valha outro tanto como a cousa demandada; e nom lhe sendo achada tal causa sua, nem querendo elle satisfar em Juizo, como dito he, em tal caso o Juiz, se lhe parecer que el he tal pessoa, que ligeiramente se poderá auzentar pera outra parte por se delle não fazer direito, deve-o mandar prêder, ou entregar a fiadores idonios, que o apresentem a todo tempo em Juízo que requeridos forem, tomando primeiramente esse Julgador sobre ello algum somario conhecimento, per que ao menos se mostre comjenturadamente o dito Réo ser obrigado ao que lhe he demandado.

3. E todo esto que dito he entendemos aver lugar no caso onde o dito Author nunca ouvesse aprovada a pessoa do dito Réo; ca se elle ouvesse feito alguu contracto com o dito Réo perque elle fosse obrigado aa dita demanda em tempo que elle Réo não tevesse bees de raiz nem outra fazenda movel e o dito Author fosse dello sabedor em tal caso não lhe pode demandar a dita satisfdação nem lhe deve per ello ser feito o dito socesto nem outra alguma razam pois que o dito Author ao tempo do dito contracto aprovou a pessoa do Réo, sabendo que era sospeito como dito he (MIRANDA, 1999, p. 34/35).

Desta maneira, a caução, real ou pessoal, estava presente nas ações as quais o autor alegasse que a coisa móvel lhe pertencia, e o réu não possuísse bens de raiz que bastassem. Devendo o julgador costringer o réu a satisfazer suas dívidas com penhores ou fiadores, até o feito ser findo por sentença definitiva.

As Ordenações Manuelinas, no livro Terceiro, título XX, também traziam referências sobre a tutela cautelar: *Do reo que he obrigado a dar fiança, ou cauçam em Juizo, por nam possuir bens de raiz, in verbis*:

Se o autor movesse demanda contra o Réo sobre alguma cousa movel, dizendo que lhe pertencia per direito, ententando sobre ella alguma auçam real, ou pessoal, e o reo nom possuísse bens de raiz seus, que valessem tanto como a dita cousa movel demandada, em tal caso sendo o Julgador pera ello requerido, constringerá o dito reo que satisfaça com penhores, ou fiadores abastantes pera ello, que estará sempre a Juizo da sobredita contenda, e que nom desbaratará a dita cousa demandada atee o feito seer findo per sentença definitiva, em tal guisa, que sendo essa cousa julgada ao dito Autor, lhe possa loguo seer entregue sem outra delonga, e difficuldade; e nom satisfazendo, como dito he, poerá o dito Julgador em socrestado essa cousa demandada atee o feito seer findo, pera seer entregue a aquelle a que pertencer (MIRANDA, 1999, p. 32).

E ainda, suas especificações:

1. E se no caso suso dito o Author renunciasse a demanda sobredita, ou se affastasse della hindo pera outra parte nom deixando Procurador pera a proseguir, em tal caso mandará o Julgador que seja a dita cousa entregue ao dito Réo, posto que lhe fosse socrestada condicionalmente, s. atee que a dita demanda fosse finalmente determinada.
2. E se algun homem demandar outro por alguna contia de dinheiro, ou qualquer outra quantidade, e o demandado fosse pessoa suspeita, que nom possuísse bens de raiz nem tenesse fazenda de bens moveis, que valessem tanto como a contia, ou quantidade demandada, porque razoadamente se tolhesse a suspeçam de sua ausencia, ou fogida, em tal caso mandará o Julgador ao Réo, que satisfaça com penhores, ou fiadores abastantes de estar a Juizo sobre a dita contenda, atee que aja final determinaçam.
3. E nom dando a dita satisfaçam fará o Julgador socrestado em qualquer cousa sua, onde quer que achada for, que valha outro tanto como a cousa demandada; e nom lhe sendo achada tal cousa sua, nem querendo elle satisfazer em Juizo, como dito he, em tal caso se ao Juiz parecer que he tal pessoa, que ligeiramente se poderá absentar para outra parte, por se delle nom fazer dereito, manda-lo-ha prender, ou entregar a fiadores idoneos, que o apresentem em Juízo a todo o tempo que requeridos forem, tomando primeiramente esse Julgador algun sumario conhecimento naquelles casos que por testemunhas se podem prouar, per que ao menos se mostre conjecturadamente o dito Réo seer obrigado ao que lhe he demandado.
4. E todo esto que dito he auerá lugar no caso onde o dito Author nunca ouuesse aprovada a pessoa do dito Réo; cá se elle ouuesse feito alguu contracto com o dito Réo, per que lhe fosse obrigado aa dita demanda em tempo que elle Réo nom tenesse bens de raiz, nem outra fazenda mouel, e o dito Author fosse dello sabedor, em tal caso nom lhe pode demandar a dita satisfaçam, nem lhe ha de seer por ello feito o dito socrestado, nem prisam, pois o dito autor ao tempo do contracto aprovou a pessoa do Réo, sabendo que era suspeito, como dito he (MIRANDA, 1999, p. 33).

Neste sentido, a caução pessoal ou real manteve-se bastante semelhante às Ordenações Afonsinas, nas quais o réu era obrigado a dar fiança ou caução em Juízo por não possuir bens de raiz.

Nas Ordenações Filipinas, livro Terceiro, título XXXI:

Se o autor mover demanda contra o réo sobre cousa movel dizendo que lhe pertence por Direito, intentando sobre ella aução real, ou pessoal, e o réo não possuir bens de raiz seus, que valham tanto, como a cousa movel demandada, sendo o Julgador para isso requerido, constrangerá o reo, que satisfaça com penhores, ou fiadores bastantes, que sterá a Juízo sobre a cousa demandada, e que a não desbaratará, até o feito ser findo per sentença deffinitiva; de maneira que sendo a cousa julgada ao autor, lhe possa logo ser entregue sem oidor em sequestro a cousa demandada, até o feito ser findo, para ser entregue a quem pertencer.

1. E se no caso acima dito o autor renunciar a demanda, ou se afastar della, indo para outra parte, sem deixar Procurador para a prosseguir, mandará o Julgador, que seja a dita cousa entregue ao réo, posto que lhe fosse sequestrada condicionalmente, convém a saber, até que a dita demanda fosse finalmente determinada.

2. E se algum homem demandar outro por quantia de dinheiro, ou qualquer outra quantidade, e o demandado for pessoa suspeita, que não possua bens de raiz, nem tenha moveis, que valham tanto, como a quantia, ou quantidade demandada, per que razoadamente se tolha a suspeita de sua ausencia, ou fugida, mandará o Julgador ao réo, que satisfaça com penhores, ou fiadores bastantes, de star a Juizo sobre a dita contenda, até que se determine finalmente.

3. E não dando a dita satisfação, fará o Juiz sequestro em qualquer cousa sua, onde quer que for achada, que valha tanto, como a cousa demandada. E não lhe sendo achada, nem querendo elle satisdar em Juizo, se ao Juiz parecer, que he pessoa, que facilmente se poderá absentar para outra parte, por se delle não fazer direito, mandal-o-ha prender, ou entregar a fiadores idoneos, que o apresentem em Juizo a todo tempo que requeridos forem, tomando primeiro algum somario conhecimento nos casos, que por testemunhas se podem provar, per que ao menos se mostre conjecturadamente ser o dito réo obrigado ao que lhe he demandado.

4. E isto, que acima dito he do réo, eu deve ser preso, não se entenderá nas mulheres, por quanto por dividas civeis, ainda que nellas sejam condemnadas, não podem ser presas.

5. E tudo isto haverá lugar no caso onde o autor nunca tivesse aprovada a pessoa do réo. Porque se elle tivesse feito algum contracto com o réo, per que lhe fosse obrigado á dita demanda em tempo, que o Réo não tivesse bens de raiz, nem fazenda movel, e o autor fosse disso sabedor, não lhe póde pedir a dita satisfação, nem lhe ha por isso de ser feito sequestro, nem prisão, pois o autor ao tempo do contracto approvou a pessoa do réo, sabendo que era suspeito de se absentar, ou fugir. (MIRANDA, 1999, p. 31/32).

O *caput* permaneceu quase que sem alterações em relação às Ordenações anteriores, modificados alguns aspectos dos equivalentes aos incisos.

Seguindo o desenvolvimento jurídico português, o Código de Processo Civil de 1939 trazia em seu art. 405:

Quando uma pessoa tenha justo receio de que alguém cometa violências ou pratique factos susceptíveis de causar lesão grave de difícil reparação ao seu direito, poderá requer as providências que forem adequadas para evitar o prejuízo, tais como a posse, o seqüestro ou o depósito da coisa litigiosa, a proibição ou a autorização de certos atos.

De acordo com Villar, como esse artigo apresentava uma figura geral de cautela, a medida poderia ser pleiteada na pendência da lide, como um ato preparatório (1971, p. 47).

O Código de Processo Civil português de 1961 dispunha sobre as medidas cautelares em seu art. 398:

Quando uma pessoa mostre fundado receio de que outrem, antes da propositura da ação ou na pendência desta, cause lesão grave e de difícil reparação ao seu direito, pode requerer, se ao caso não convier nenhum dos procedimentos especialmente regulados neste capítulo, as providências que julgue adequadas para evitar a lesão, nomeadamente a autorização para a prática de determinados atos, a intimação para que o réu se abstenha de certa conduta ou a entrega dos bens mobiliários ou imobiliários, que constituem objeto da ação, a um terceiro, seu fiel depositário (VILLAR, 1971, p. 47/48).

O juiz pode conceder a medida geral de cautela, mesmo atípica, alicerçado também na irreparabilidade da lesão (VILLAR, 1971, p. 48).

Para Villar, “essas medidas atípicas poderão consistir na autorização para a prática de determinados atos, a intimação do réu para que se abstenha de certa conduta, ou a entrega de bens móveis ou imóveis, a um terceiro depositário”, e segue: “a medida pode ser proposta antes da propositura da ação, como preparatória, ou no decorrer dela” (1971, p. 48).

O direito processual português influenciou profundamente o direito processual no Brasil, primeiro com as Ordenações, e posteriormente servindo de alicerce às publicações que estavam por vir.

Ressalta-se que as normas contidas nas Ordenações aplicaram-se ao ordenamento brasileiro até o ano de 1850, ano em que foi publicado o Regulamento n. 737, “que tratou das medidas cautelares no título destinado aos processos preparatórios, preventivos e incidentes” (SANCHES, 1978, p. 15), “albergando o embargo ou arresto (arts. 321/342), a detenção pessoal (arts. 343/350), a exibição (arts. 351/355), as vendas judiciais (arts. 356/359), os protestos (arts. 360/392), o depósito

(arts. 393/402), a habilitação incidente em causas comerciais (arts. 403/409) e ainda o embargo pendente à lide (art. 410)” (MARINONI, 1992, p. 45).

Após este período, o Decreto n. 3084, de 5 de novembro de 1898, durante o Governo de Prudente de Moraes, já República, disciplinou, em sua Parte III, Título II, “Dos processos preparatórios, preventivos e assecuratórios” (arts. 112 e 163) e Parte IV, Capítulo II, sob a mesma epígrafe (arts. 12 a 53) (SIMAS, 1940, p. 6/7).

1.3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

O momento político no qual está inserido o surgimento do Código de Processo Civil de 1939 remonta à Ditadura Vargas. De 1937 a 1945, o país viveu o seu primeiro período ditatorial, sob a autoridade de Getúlio Dornelles Vargas.

Com o golpe de Estado, em 10.10.1937, e a conseqüente instituição do chamado Estado Novo, houve a dissolução do Congresso Nacional, e a outorga da nova Constituição.

Na conjuntura mundial, eclodia a Segunda Grande Guerra, o que provocou um efeito favorável à política econômica estabelecida pelo Brasil.

No plano econômico, viu-se uma intensificação da ação intervencionista do Estado. Paralelamente, iniciou-se um planejamento de industrialização, com a criação de tarifas protecionistas, incentivos fiscais às indústrias, ampliação do sistema de crédito, controle dos preços e estabelecimento de uma política de contenção salarial, além da fixação de inúmeros órgãos para coordenar e estabelecer diretrizes de política econômica.

No cenário social, a burguesia emergente misturava-se à decadente burguesia cafeeira, e começou a exigir uma maior participação nas decisões políticas do Estado.

Os antecedentes, portanto, indicaram uma tendência à tutela de crédito.

O anteprojeto do Código de Processo Civil de 1939, elaborado por Pedro Barbosa Martins, foi publicado no Diário Oficial de 4.2.1939 e resultou no Decreto-lei n. 1608, de 18.9.1939, para entrar em vigor em 1º.2.1940 (PACHECO, 1962, p. 116).

José da Silva Pacheco assevera que “o Código italiano – convém salientar – foi aprovado pelo D. R. de 28 de outubro de 1940 e entrou em vigor em 21 de abril de 1942. O Código português é de 28 de maio de 1939, para entrar em vigor em 1º de outubro do mesmo ano”, para arrematar:

Vê-se, pois, que o nosso Código de Processo surgiu, quando nos países europeus, muito se discutia a respeito do processo. Esse nosso estatuto processual, embora conservasse apegado à tradição, muito se beneficiou da moderna doutrina processual européia (1962, p. 116).

No Código de Processo Civil de 1939, as tutelas preventivas estavam inseridas ao processo de conhecimento, devido à sua grande intimidade com a teoria das provas. Vinham dispostas no Livro V, denominado “Dos processos acessórios”.

José da Silva Pacheco ensina, quanto a estes processos:

Ao processo civil, instaurado pela ação da parte interessada, no sentido de obter-se uma decisão judicial, podem se ligar processos acessórios, complementares ou relativos, com o fito exclusivo de acautelar o interesse das partes. São as medidas preventivas.

As medidas preventivas são pleiteadas no decorrer da ação principal, sendo desta um apêndice, um acessório, um complemento. Só terão eficácia enquanto pendente a ação. Pode, entretanto conservar a eficácia, durante a suspensão do processo principal, a não ser que o juiz determine o contrário. Cessando o processo, quer por sentença com trânsito em julgado, quer por transação ou desistência, a medida preventiva perde a eficácia (1962, p. 307/308).

Pontes de Miranda, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, de 1959, assevera que as ações cautelares

exercem-se acessoriamente, embora sem preparatoriedade (processo prévio) e sem incidentalidade. São processos acessórios, sem serem preparatórios ou incidentes. O processo principal que eles supõem é processo que eles prevêm sem preparar e sem que incidam enquanto duram. Não há, propriamente, provisoriedade na decisão que neles se profere; há cautela, segurança. Por isso mesmo, é erro dizer-se que são instrumentos a serviço da providência final, ou que preparam pura eficácia de decisão definitiva. A confusão em juristas que dizem isso, repetindo processualistas italianos, é de lamentar-se profundamente, porque se toma por preparatório o que previne, não prepara. O que prepara põe, antes, o mesmo. O que previne, chega, antes, de algo distinto (p. 286/287).

Em suma, a pretensão à tutela jurídica cautelar, de acordo com Miranda, desdobrava-se em duas seguranças: uma quanto ao fato, e a outra quanto à própria

pretensão. Não há, nestas, decisão que determine ou assegure efeitos diretos de liberação ou satisfação. *Id est*, o devedor não se desonera de sua obrigação, nem o credor vê-se satisfeito.

Nas palavras de Ovídio A. Baptista da Silva, “a pretensão à tutela jurídica à segurança corresponde a uma terceira hipótese, autônoma, de tutela que, segundo o eminente jurista brasileiro, não se confunde com a execução nem com a jurisdição” (1980, p. 17).

E Pontes de Miranda ressalta:

O que deve, pois, ser posto em destaque, para que se isole a terceira categoria de pretensão jurídica, é o caráter não satisfativo do provimento judicial que ordena a exibição cautelar do mesmo modo que nada tem de executivo o provimento concessivo do arresto. Em ambos os casos, atende-se à pretensão à segurança (1959, p. 293).

Assim, estes dois grandes doutrinadores deixam claro que as medidas cautelares possuem caráter não satisfativo, e que não se confundem com execução.

Era o então art. 675 do Código de Processo Civil:

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

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

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

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

Sobre este artigo, João Manoel Carneiro Lacerda, magistrado paulista na década de 1940, ensina:

O art. 675, ora em análise, dispõe que além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes litigantes.

Essas providências, está visto, podem ter caráter meramente preparatório, como preventivo propriamente, ou incidente (1941, p. 3).

Quanto a esta classificação, esclarece que “as primeiras, a expressão está a indicar, têm por fim servir de base ou fundamento a ação principal. Por elas, a parte interessada além de assegurar direito seu, visa, quase sempre, ou na maioria das vezes, perpetuar provas ou satisfazer exigências legais” (1941, p. 3). Cita, como

exemplo, a separação preliminar de corpos nas ações de desquite; o arresto ou seqüestro *ante-litem*, a exibição e exame de livros, coisa ou documento, a busca e apreensão e alguns casos de depósito.

Prossegue com as segundas, as medidas propriamente preventivas, que “têm por objeto a segurança dos direitos dos litigantes, garantindo a execução da sentença da ação principal e evitando a possibilidade de fraude na mesma execução” (1941, p. 3). Exemplifica com o seqüestro da coisa litigiosa, o arresto de bens ou haveres do sujeito passivo da obrigação demandada.

E finaliza com as medidas incidentes, “que muitas vezes são também preventivas, porque asseguram ou previnem direitos, são as que surgem no curso da ação principal, provocadas pelos próprios litigantes ou por terceiros interessados na decisão da causa ou no seu objeto” (1941, p. 3). Consistem na habilitação de herdeiros, no atentado e nos embargos de terceiro.

Para J. M. de Carvalho Santos, processualista renomado da época, as tutelas preparatórias eram aquelas que tinham como escopo a instrução ou a fundamentação da ação dita “principal”, alicerçando-a. As preventivas visavam conservar os direitos das partes, ou assegurar a possibilidade da execução da sentença, no caso da ação ser julgada procedente, evitando assim, as tentativas de fraude à execução. Por fim, as incidentais eram aquelas que surgiam no curso da ação, suscitadas pelos próprios litigantes, ou por terceiros, podendo ter finalidades diversas (1941, p. 5/6).

No entanto, o autor, ao discorrer em seu *Código de Processo Civil Interpretado*, de 1941, asseverou que “esses conceitos, que geralmente são admitidos em doutrina, não foram, todavia, respeitados integralmente pelo Código de Processo, que os confundiu e embaralhou, notadamente quanto aos processos preventivos e preparatórios” (p. 6 – grifou-se).

Hugo Simas, processualista da década de 1930, busca esclarecer:

Não há confundir as medidas preventivas, de que trata este artigo, com as que possam as partes requerer, como preparatórias ou assecuratórias, preventivas, provisionais ou premunitórias, de que se ocupa este mesmo título. Aqui a medida acautelatória é de iniciativa do juiz prevenido o interesse das partes, que pode ficar sacrificado sem tais providências (1940, p. 7).

As dúvidas e confusões entre as modalidades de providências ocorreram em virtude de o Código de Processo Civil de 1939 ter instituído, entrelinhas, o poder geral de cautela – inédito no direito brasileiro.

Galeno Lacerda recorda que historicamente, na Itália, “o poder cautelar geral obteve reconhecimento expresso nas ‘inibições’ dos Códigos sardos de 1854 e 1859, mas foi abolido no Código de 1865”. E apenas retornou “com o Código de 1940, depois de clamor generalizado da doutrina. Em Portugal foi introduzido pelo Código de 1940, e no Brasil, pelo de 1939” (1990, p. 156).

Para Villar, esse poder tem origem no direito alemão, no art. 935 do Código daquele país, *in verbis*: “São permitidas decisões provisionais sobre o objeto da lide, quando seja de recear que uma alteração do estado atual das coisas torne impossível ou dificulte essencialmente a realização do direito da parte” (1971, p. 74).

Grandes doutrinadores explanaram sobre o poder geral de cautela em razão da expectativa que este poder causou na recente processualística civil brasileira. Simas assevera que

É esse princípio uma decorrência lógica da largueza de poderes conferida ao juiz no sistema do Código, como necessidade jurídica e política inseparável dos fins da função judiciária, qual a de prever, na ausência de medida para tornar eficaz a decisão do litígio a ser oportunamente proferida, a eventualidade de tornar-se o debate judiciário mero verbalismo acadêmico, campo de pura dialética.

Rompendo com a tradição, que só facultava ao juiz conceder *ex officio*, medidas acautelatórias nos casos expressos em lei, o artigo em apreço ampliou essa faculdade a todos os casos em que se enquadrem em qualquer dos incisos em que o preceito se desdobra (1940, p. 7/8).

Lopes da Costa é claro: “O arbítrio do juiz é vinculado. A medida deve conter-se nos limites do pedido. Pode, porém, o juiz dele desviar-se, quando a providência pleiteada é incabível e a que a ela se substitui tende à mesma finalidade” (*apud* VILLAR, 1971, p. 75).

Galeno Lacerda é sucinto:

Poderá surgir, a qualquer momento, a necessidade de a parte solicitar ao juiz providências acautelatórias, assecuratórias, não especificamente mencionadas neste livro. E o juiz poderá deferi-las, tendo em vista, evidentemente, a situação do caso, aplicando o seu poder geral de cautela (1990, p. 170).

Sydney Sanches assevera que para a doutrina, o alcance ao entendimento deste poder sempre foi amplo, porém “nem tanto para os juízes”, justamente “porque

estes não se mostraram muito sensíveis a uma interpretação mais aberta do referido art. 675 do CPC de 1939, surgiu, com a necessidade de reformulação da legislação processual, a oportunidade de um tratamento mais aprofundado do poder geral de cautela” (1978, p. 16/17).

Márcio Louzada Carpena, a respeito, conclui:

Seja como for, o fato é que, pela primeira vez, se verifica no plano jurídico interino uma disposição normativa geral, autorizando o magistrado a deferir medidas com o intuito de acautelar o direito das partes litigantes, além daquelas especificadas que já se vinham consagrando desde já muito, inclusive nos códigos estaduais anteriores, como é o caso do arresto e do seqüestro, ainda que doutrinariamente não fossem consideradas autônomas.

O Código de 1939 teve o mérito de dispor a lide cautelar como um terceiro gênero de processo, autônomo, conforme Carnelutti apregoava. O maior avanço desse diploma, pode-se afirmar, não foi somente o de ter sedimentado um poder geral de cautela (ainda que com redação infeliz), mas o de ter deferido independência formal à pretensão cautelar (2005, p. 16).

De fato, na época, a reação da doutrina e dos operadores do direito com relação ao poder cautelar geral foi um misto de avanço, no sentido de que agora o magistrado estava autorizado a deferir medidas que não necessariamente estavam positivadas, e retrocesso, pois o conservadorismo processual impedia o progresso, ao interpretar restritivamente a norma estabelecida no art. 675.

Com relação aos incisos do art. 675, Carneiro Lacerda elucida que “são óbvias as razões do dispositivo em análise. A sua finalidade não é outra senão a da segurança dos direitos dos litigantes” (1941, p. 5). E prossegue sua explanação:

Como instituição de interesse público, precisa a Justiça estar investida de todos os poderes necessários a realização daquela finalidade. No processo é o juiz o representante do Estado; a ele incumbe, portanto, providenciar, conforme as circunstâncias, para assegurar o interesse dos cidadãos. Para isso a lei processual lhe confere autoridade ou poder para agir; de ofício, ou mediante provocação da parte; no sentido da efetivação da Justiça (1941, p. 5).

São os referidos incisos do art. 675:

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

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

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

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

E quanto a estes, Lacerda explica: “O que se deve entender por fato capaz de justificar receios de rixa ou violência entre os litigantes, ou por ato suscetível de causar lesões, de incerta ou difícil reparação, a lei não declara, como não podia mesmo fazê-lo a rigor”. Para o autor, o ato e o fato dependem de circunstâncias singulares de cada caso, as quais o juiz, ao julgar, examinará minuciosamente para, livremente, formar sua convicção (1941, p. 5).

Para Lacerda,

na primeira hipótese, se o estado de exacerbação de ânimos entre os litigantes reflete exaltação que, por sua vez, tem repercussão nos autos, está o juiz habilitado a considerar e admitir a possibilidade de um conflito armado ou de um desforço violento, de conseqüências danosas para os interessados e atentatório da ordem pública, que lhe cumpre prevenir ou obstar.

Aí já não será apenas o interesse privado dos litigantes que a autoridade judiciária deve assegurar. É a própria ordem pública; é o equilíbrio social.

Na outra hipótese, sem excluir a idéia de segurança pública ou pessoal, trata a lei especialmente de acautelar a própria coisa litigiosa ou o interesse patrimonial dos litigantes (1941, p. 5/6).

Como exemplos, o autor cita os casos de mau uso pelo detentor do objeto do litígio e da não realização de obras necessárias à sua conservação.

Por fim, Carvalho Santos conclui que a enumeração do Código não é taxativa, visto que existe a preocupação do Estado, por seus órgãos jurisdicionais, de assegurar o desenvolvimento natural do processo e o prosseguimento da demanda, pronunciando-se efetivamente sobre a lide.

E prossegue:

Por isso mesmo, ao juiz será lícito recorrer a qualquer das providências previstas neste título, sempre que surgir necessidade evidente de providências conservatórias de direitos, cuja segurança o art. 75¹ do Código Civil garante, sabido como é que as medidas preparatórias, preventivas ou incidentais é que resguardam a ação por meio da qual se fazem valer os direitos (1941, p. 6).

Neste sentido, o legislador esclarece que além das medidas cautelares expressamente previstas, o magistrado pode ainda conceder a tutela nos incisos referidos, buscando sempre resguardar o direito das partes.

¹ O art. 75 do Código Civil de 1916 era assim disposto: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”.

2. O SISTEMA DE TUTELA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

2.1 A NOVA DISPOSIÇÃO DAS TUTELAS E A INFLUÊNCIA ITALIANA

O contexto que propiciou o surgimento do Código de Processo Civil de 1973 foi bastante diverso do anterior. Embora o país estivesse imerso em outra ditadura, agora sob o comando de militares, em virtude da conjuntura econômica da época, as medidas cautelares vieram proteger, essencialmente, quem possuía o poder financeiro e resguardar a cobrança de crédito.

O processo cautelar, no Código de Processo Civil de 1973, encontra-se disposto em livro próprio, segregado do processo de conhecimento. Integra o Livro III, intitulado “Do processo cautelar”.

Acerca desta modificação inserida no novo diploma legal, Ovídio A. Baptista da Silva assevera:

Sucede que, ao contrário do que acontecia no Código anterior – que se mantivera fiel a uma tradição multissecular do direito luso-brasileiro –, o legislador de 1973 introduziu em nosso direito o instituto conhecido como “processo de conhecimento”, com sua vocação genética para o *procedimento ordinário*, com o objetivo principal de retirar deles todas as formas e manifestações de atividade jurisdicional executivas, que passaram a integrar, em livro especial, o *processo de execução* (...). Por outro lado, conceituando-se o “conhecimento” exclusivamente como a *cognição* judicial contida na *sentença final* de mérito, com produção de coisa julgada, porque (...) os juízes dos sistemas romano-canônico, a que se filia o brasileiro, estão impedidos de “conhecer” com base num juízo de simples verossimilhança, viu-se o legislador na contingência de expurgar igualmente o “processo de conhecimento” o processo cautelar, formando com ele o célebre *tertium genus*, em que, segundo LIEBMAN (...), na verdade não existem nem conhecimento autêntico nem execução (2008, p. 10/11).

E segue:

A expansão do processo cautelar explica-se, portanto, em virtude de uma lógica imanente ao próprio sistema seguido pelo direito brasileiro. Se o juiz não puder conceder jamais medidas liminares porque o processo de conhecimento, por definição não contém execução simultânea com a cognição, então, o modo como os juristas práticos conseguem superar a dificuldade, “desordinarizando” o emperrado procedimento ordinário, fica reduzido exclusivamente ao emprego do processo cautelar, como via alternativa de sumarização das demandas satisfativas que exijam tratamento urgente, incompatível com a ordinariedade (2008. p. 13).

É notório que a elaboração do Código de Processo Civil de 1973 recebeu influência direta da doutrina italiana, que determinou diversas diretrizes presentes no diploma legal.

Sobre a ação cautelar, Enrico Tullio Liebman leciona que esta

é sempre ligada por uma relação de complementariedade a uma ação principal já proposta ou cuja iminente propositura já se anuncia. Essa relação reside no fato de a cautela pedida ter o escopo de garantir o resultado útil da ação principal. Não obstante, a ação cautelar é autônoma e pode ser acolhida ou rejeitada, conforme seja em si mesma procedente ou improcedente. Observe-se também que as condições a que é subordinado o seu acolhimento são diferentes para cada medida cautelar; foi a doutrina que se esforçou por extrair das disposições legais um conceito unitário das condições que se requerem para que ela seja acolhida (1984, p. 217).

Para o autor, na tutela cautelar não há como discernir uma fase de cognição e uma outra de execução, e esta espécie de tutela destina-se, em suma, “a assegurar, a garantir o curso eficaz e o resultado útil das outras duas atividades [de cognição e de execução], concorrendo, assim, indiretamente, para a consecução dos objetivos gerais da jurisdição” (1984, p. 216).

A tutela acautelatória realiza-se “em todos os casos através de um procedimento unitário, em que se encontram juntas e eventualmente misturadas as atividades de índoles diferentes que, caso por caso, concorrerão para a plena atuação da cautela” (1984, p. 218).

E conclui:

Os provimentos cautelares são sempre destinados a durar um tempo limitado. De fato, chegando ao fim o processo principal, desaparece o próprio problema em razão do qual eles foram concedidos: ou o direito foi reconhecido como existente e poderá receber plena satisfação, ou então foi declarado inexistente e a medida cautelar deverá ser revogada (1984, p. 218).

Em outras palavras, o processo cautelar é complementar à ação principal, e busca sempre resguardar o resultado útil desta. Findo o lapso temporal que lhe é conferido, perde eficácia.

A autonomia da tutela jurídica à segurança já era enfatizada por Giuseppe Chiovenda, que a partir da natureza do procedimento judicial da ação, dividiu os provimentos judiciais em provimentos de cognição, de conservação e de execução (SILVA, 1980, p. 17).

A função do processo cautelar, de acordo com Chiovenda, “visa a afastar o receio dum dano jurídico”, que define as providências cautelares como “medidas *provisórias* que correspondem à necessidade efetiva e atual de remover o receio dum dano jurídico” (REIS, 1985, p. 15).

É a lição de Ovídio A. Baptista da Silva:

Ainda que a posição de Chiovenda represente um considerável progresso no sentido de precisão conceitual, a equivalência da cautelaridade à cognição e à execução, segundo Pontes de Miranda (Comentários, tomo IX, p. 374), pode gerar a crença de que a *pretensão à segurança* constitua outra classe de ações (1980, p. 17/18).

A pretensão cautelar, embora seja autônoma, não se enquadra aos cinco tipos de ações, classificação elaborada por Pontes de Miranda: declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais. Ou a ação é mandamental ou meramente constitutiva.

Diversos outros autores italianos buscaram fundamentar as características singulares da ação cautelar.

De acordo com Francesco Carnelutti, o processo, além de compor a justa composição da lide, destina-se a assegurar condições ao litigante de posteriormente tornar-se efetiva a prestação jurisdicional.

Ressalta, ainda, a prevenção, como terceira função do processo. É na composição provisória da lide, através da qual os danos são prevenidos, que se aprecia provisoriamente “a situação de que surgiu ou está para surgir a lide e decreta-se providências aptas para afastar o prejuízo resultante da duração do processo destinado à composição definitiva da lide” (REIS, 1985, p. 21).

Neste sentido, estabeleceu a divisão dos processos em definitivos e cautelares, afirmando que estes últimos não teriam finalidade em si mesmos, e que se legitimavam apenas como instrumento, para assegurar os efeitos do processo tido como definitivo (CARNELUTTI, 2000, p. 134).

Ovídio A. Baptista da Silva comenta acerca desta concepção:

A própria idéia carneluttiana de *composição provisória da lide* como finalidade do processo cautelar indica, claramente, a *provisoriedade* como nota essencial, ou pelo menos, característica da ação cautelar. Tanto que ao processo cautelar, o ilustre processualista antepõe a idéia de processo definitivo. Mas a antítese do provisório é que é o definitivo (1980, p.19).

No ponto de vista de Piero Calamandrei, provisoriedade não é uma característica exclusiva dos provimentos cautelares. Para tanto, faz a distinção entre temporaneidade e provisoriedade.

Desta maneira, temporâneo “é, simplesmente, aquilo que não dura para sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada”. De outro modo, provisório “é aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no ínterim” (CALAMANDREI, 2000, p. 25/26).

E prossegue: “provisório equivale a interino: ambas as expressões indicam aquilo que é estabelecido para durar somente aquele tempo intermediário que precede o evento esperado” (CALAMANDREI, 2000, p. 26), para concluir ao final:

Tendo presentes essas distinções de terminologia, a qualificação de *provisórios* dada aos procedimentos cautelares em última análise significa isto: os seus efeitos jurídicos não só têm duração *temporânea*, mas tem duração limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre o emanar do procedimento cautelar e a promulgação de *um outro procedimento jurisdicional*, que, na terminologia comum, vem indicando, em contraposição à denominação *cautelar* dada ao primeiro, com a denominação *definitivo*. A provisoriedade dos procedimentos cautelares seria, portanto, um aspecto e uma consequência de uma relação que transcorre entre os efeitos do procedimento antecedente (cautelar) e aqueles do procedimento subsequente (definitivo), que assinalaria o início da cessação dos efeitos do primeiro (2000, p. 26/27).

Para Ovídio A. Baptista da Silva, “a *provisoriidade* peculiar a certos tipos de provimentos cautelares está vinculada não à idéia de um eventual processo *principal*, ou a um hipotético direito acautelatório” (1980, p. 20).

Ou seja, aquilo que é temporário não será substituído por outro; diferentemente do provisório, sempre permutado por um definitivo, tendo tempo estipulado para terminar.

José Alberto dos Reis afirma que foi Calamandrei quem realizou “a análise mais perfeita da tutela ou da providência cautelar” (1985, p. 16), e definiu o fim desta como evitar o *periculum in mora*. Para o autor, “o que justifica a providência cautelar é a necessidade de conjurar o perigo de dano jurídico derivado da demora da providência jurisdicional definitiva” (REIS, 1985, p. 17).

Desta maneira, na visão de Calamandrei, além da prevenção, há como traço essencial da tutela cautelar também a urgência e necessidade de acautelar um perigo *especial*, que resulta da demora da decisão definitiva.

Reis explica que:

A necessidade de fazer *depressa* está em conflito com a necessidade de fazer *bem*. As providências cautelares vêm resolver o conflito, conciliando quanto possível o interesse da *celeridade* com o interesse da *ponderação*. Entre o fazer depressa, com risco de fazer mal, e o fazer bem, mas muito tarde, as providências cautelares propõem-se sobretudo fazer depressa, dando ensejo a que o problema da justiça intrínseca da decisão seja resolvido com calma e reflexão, mediante as formas ordinárias; permitem que o processo principal funcione devagar e com segurança, porque preparam as coisas para que a decisão definitiva, quando vier a ser tomada, tenha a mesma eficácia prática que se fosse proferida instantaneamente (1985, p. 17).

Neste sentido, extrai-se que uma característica típica da providência cautelar é que estas não são em si mesmas um *fim*, mas um *meio* idôneo para que a providência definitiva produza todos os seus efeitos úteis. Nada mais representam que um *instrumento* posto a serviço da providência final.

Seu caráter distintivo define-se como o “preanúncio e a antecipação duma outra providência jurisdicional, o instrumento apto para conseguir que esta chegue a tempo, a garantia da garantia” (REIS, 1985, p. 20).

O atual Código de Processo Civil, no Livro III, relativo ao processo cautelar, divide-se em dois capítulos. O primeiro abrange as “disposições gerais sobre medidas inominadas e o procedimento que deve ser observado assim em relação a estas como aos procedimentos cautelares específicos regulados no capítulo seguinte” (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973).

É cediço que um dos maiores anseios da jurisdição é a imparcialidade e a inércia de seus órgãos julgadores, e diferente não é com as medidas cautelares. Para isso, são impostos limites e condições em sua esfera de atuação, excepcionadas somente as medidas expressamente autorizadas por lei, em casos determinados conforme o art. 797, que prevê as medidas cautelares *ex officio* concedidas sem a manifestação das partes.

Sobre o âmbito de atuação das medidas cautelares, o art. 796 do atual Código Processual Civil é assim disposto: “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

A respeito deste artigo, Ovídio A. Baptista da Silva comenta:

O dispositivo, inquestionavelmente, representa um avanço importante sobre a lei anterior, enquanto explicita um princípio fundamental inerente à ação

cautelar, qual seja o poder ser ela proposta antes de estar em juízo qualquer outra ação a que eventualmente se ligue.

A doutrina e especialmente a jurisprudência de nossos tribunais, à míngua de fundamentação teórica, vacilavam na aplicação do art. 675 do Código revogado às hipóteses em que a providência cautelar fosse proposta *antes* da instauração da lide *principal*.

O próprio Liebman, depois de referir-se à relutância com que a doutrina brasileira admite a figura da ação cautelar, ainda sob a influência do conceito civilístico da ação, manifestava dúvidas quanto à extensão dos poderes concedidos ao juiz pelo art. 675, para decretar provimentos cautelares inominados, *antes* da instauração da demanda (1980, p. 21/22).

Para Silva, de acordo com essa opinião que se sedimentou ao longo da aplicação do Código de Processo Civil de 1939, “as medidas cautelares específicas do art. 676 poderiam ser pedidas antes da instauração da lide”. Outras providências, além das hipóteses disciplinadas, “poderiam ser postuladas, com base no art. 675, porém somente depois de instaurar-se o chamado processo principal” (1980, p. 22).

E prossegue:

E isso quando simplesmente não se negava a existência de um poder genérico de cautela, no direito brasileiro, afirmando, vezes reiteradas, a jurisprudência, que a enumeração feita no art. 676 era exaustiva e a decretação delas deveria conjugar-se com o artigo anterior.

Em última instância, negava-se qualquer *autonomia à pretensão à tutela jurídica à segurança*, reduzindo a ação cautelar e simples acessório de outra ação.

De qualquer modo, ainda que a doutrina se mostrasse tímida e vacilante a tal respeito, devemos reconhecer que o anterior Código permitia uma construção sistemática racional da ação cautelar. O próprio art. 675 não afastava o caráter da autonomia da pretensão à segurança.

Autonomia esta que o autor assevera ser “questão fundamental”, a partir da qual se pode “encontrar o verdadeiro caminho para a construção teórica desse tipo de tutela jurisdicional” (1980, p. 22).

Ao analisar a acessoriedade presente no mencionado art. 796 do atual Código Processual Civil, Silva discorre:

Voltando, porém, ao exame do indicado art. 796 do novo Código veremos que o ilustre autor do Projeto, depois de explicitar o princípio segundo o qual a ação cautelar pode, sempre, ser proposta antes do ajuizamento de qualquer outra pretensão, como que a proclamar a autonomia de tal pretensão jurisdicional, declara que o procedimento cautelar é *sempre dependente* do chamado *processo principal*.

Ainda que não se queira atribuir aos autores do atual Código o equívoco de incluir uma nota de acessoriedade à pretensão à segurança, é inquestionável a impropriedade de linguagem usada neste artigo.

E essa infeliz redação por certo dará ensejo a novas disputas e a outras tantas dúvidas na aplicação da lei (1980, p. 23).

E prossegue, com maestria:

Na vigência do Código de 1939, o problema que se colocava, quanto ao alcance do art. 675, derivava de uma questão teórica relevante. Trata-se do seguinte: a tutela da pretensão à segurança *faz pressupor superveniência* de fatos surgidos depois da *constituição da pretensão*. O que não se compreende nela são as hipóteses em que a ocorrência provável de atos capazes de causarem lesão preexistia ou coexistiu com a constituição da pretensão. Essa foi a lição de Pontes de Miranda que as Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio não souberam aplicar (Mandado de segurança n. 1675, *in* Alexandre de Paula, O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, vol. VIII, pág. 3715) (1980, p. 23).

Assim, “a *dependência* da pretensão à segurança não é, portanto, ao processo, como erroneamente está no comentado art. 796 do atual Código de Processo Civil” (SILVA, 1980, p. 24 – grifo do original).

E conclui:

O interesse que legitima a pretensão à segurança deve estar ligado a uma relação de direito material. Mas esse vínculo não impede a existência do direito à segurança e nem afasta a autonomia da pretensão cautelar.

A locução *processo principal* e o termo *dependente* usado no art. 796 devem ser interpretados sob um ponto de vista sistemático, procurando conciliá-los com os princípios de ciência processual, sob pena de grave mutilação de seu alcance e risco de perplexidade em sua aplicação.

Aliás a interpretação literal do art. 796 destruiria a única coisa importante acolhida pelo Código que é a aceitação de autonomia da ação cautelar. (1980, p. 24/25 – grifos do original).

Nas palavras de Liebman: “Conforme as circunstâncias, propõe-se a ação cautelar de forma autônoma ou, estando já pendente o processo principal ao qual for ligada, incidentemente a ele” (1984, p. 218), e sugere a referência ao art. 796, do Código de Processo Civil. Ele discorre:

O legislador não deu à ação e a o processo cautelar uma disciplina uniforme. Fiel à tradição, preferiu regular distintamente cada provimento cautelar, as condições a que é subordinada a sua concessão e os procedimentos que se devem observar para obtê-la. Em outras palavras, as ações cautelares são típicas e não podem ser pedidos provimentos cautelares diferentes daqueles expressamente preestabelecidos em lei, nem em casos diferentes daqueles previstos para cada um deles.

Todavia, complementando o sistema de tutela cautelar que emerge do complexo de normas sobre a matéria, a lei admitiu uma figura de medida cautelar de contornos menos definidos, a que denominou provimentos de urgência, prescrevendo que estes poderão ser concedidos fora dos casos previstos para cada medida cautelar típica quando houver o perigo de que, durante o tempo necessário para a tutela de um direito pelas vias ordinárias, fique este ameaçado de um prejuízo iminente e irreparável. Trata-se, pois, de provimentos cautelares inominados, aos quais corresponde uma *ação cautelar inominada* (1984, p. 219).

O sistema das tutelas de urgência no Código de 1973, assim, segue uma linha autônoma, na qual a ação cautelar não depende do processo principal em si, mas de uma relação de direito material.

2.2 BUZOID E A EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

No início da década de 1960, o Professor Alfredo Buzaid, ilustre processualista, foi encarregado pelo Governo Federal de elaborar o Anteprojeto do Código de Processo Civil. Em janeiro de 1964, o anteprojeto estava finalizado, e enviado ao então Ministro da Justiça do Brasil.

No ano de 1967, durante o governo de Costa e Silva, Buzaid foi nomeado coordenador da Revisão de Códigos. De 1969 a 1974, assumiu o cargo de Ministro da Justiça, a convite do General Emílio Garrastazu Médici.

Antes da apresentação do anteprojeto em si, faz-se necessária uma análise da orientação político-legislativa que pairou sobre a elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973.

Um dos grandes alicerces e conceitos os quais se aderiram ao início do desenvolvimento do anteprojeto foi a concepção de *Estado moderno*, “que monopolizou a administração da justiça e elevou o Poder Judiciário à eminência de órgão da soberania nacional” (BUZOID, 2002, p. 33).

Outro ponto essencial foi a noção de *relação jurídica* “que, aplicada ao processo civil, permitiu entendê-lo como o instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes para dirimir conflito de interesses”, o que possibilitou o surgimento do

conceito de relação jurídica processual (BUZOID, 2002, p. 33), reiteradas vezes representada por um *triângulo*.

Também sucedeu neste momento o amadurecimento de institutos, por meio de diversas teorias, análises, estudos e pareceres que receberam forte influência da doutrina dominante.

Note-se que é a partir da noção de Estado moderno atrelada à idéia de relação jurídica, que o direito processual civil cria importância singular e liberta-se do antigo vínculo com o direito civil, conquistando autonomia própria e alçando-se ao nível de ciência inserida no âmbito do direito.

Para Alfredo Buzaid,

(...) o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei. Diversamente de outros ramos do direito, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser rigorosamente racional, o que vale dizer, há de ser dotado de tantos atos quantos sejam necessários para conseguir o seu escopo. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a justiça e a rapidez. Força é, portanto, estruturá-lo de modo que se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça (BUZOID, 2002, p. 34 - grifou-se).

Na ocasião do desenvolvimento do anteprojeto do atual Código de Processo, mais precisamente na exposição de motivos, Buzaid revela a dificuldade e as dúvidas em se produzir um Código novo, ou de atualizar, *rever*, o Código anteriormente vigente.

São suas próprias palavras:

O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções. Dessas várias reformas tem experiência o país; mas, como observou Lopes da Costa, umas foram para melhor, mas em outras saiu a emenda pior que o soneto.

Depois de demorada reflexão, verificamos que o problema era muito mais amplo, grave e profundo, atingindo a substância das instituições, a disposição ordenada das matérias e a íntima correlação entre a função do processo civil e a estrutura orgânica do Poder Judiciário. Justamente por isso a nossa tarefa não se limitou à mera revisão. Impunha-se fazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973).

E declara: “Nossa preocupação foi a de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas aplicações práticas” (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973).

Ao propor uma alteração verdadeiramente significativa, ou uma *reforma total*, a Comissão buscou introduzir modificações substanciais, com o escopo de simplificar a estrutura do Código, e torná-lo amoldável à administração da Justiça.

No que concerne à tutela cautelar, no texto do anteprojeto, Alfredo Buzaid desenvolveu um Livro distinto, destinado a compreender o chamado *processo cautelar*. Ele esclarece:

Empregamos aí a expressão *processo cautelar*. Cautelar não figura, nos nossos dicionários, como adjetivo, mas tão-só como verbo, já em desuso. O projeto adotou, porém, como adjetivo a fim de qualificar um tipo de processo autônomo. Na tradição de nosso direito processual era a função cautelar distribuída por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes. O projeto, reconhecendo-lhe caráter autônomo, reuniu os vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem. A expressão *processo cautelar* tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena do Livro III, e pelo vigor e amplitude do seu significado, traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973 - grifou-se).

Mais adiante, quando explana sobre o plano da reforma e do capítulo da distribuição da matéria, Buzaid justifica:

O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que se distingue das duas primeiras funções do processo civil, sem entretanto, excluí-las. O seu elemento novo está na prevenção (SANCHES, 1978, p. 19/20).

Na dogmática do Processo Civil moderno, o autor explica que existem três funções – a de conhecimento, de execução e a cautelar. Enquanto a primeira é a declaração de direito, a segunda tem como pressuposto a verificação da inadimplência do devedor. Por fim, sobre a última, leciona que tem a função de garantir o fim útil das duas anteriores, e prossegue:

A ação cautelar tem individualidade própria, podendo abranger a função de conhecimento e execução. Mas destas é, na verdade, um *tertium genus*, correspondendo à necessidade efetiva e atual de afastar o temor a um dano jurídico. A medida cautelar atua uma vontade da lei, mas uma vontade consistente em garantir a atuação de outra suposta vontade da lei (BUZAID, 2002, p. 37).

Segue o autor afirmando que, distintamente do Código de Processo Civil de 1939, este Código Processual de 1973 reconheceu o caráter autônomo da ação cautelar, e deu-lhe a posição que se adapta à natureza da sua função (BUZAID, 2002, p. 46).

Desta maneira, Alfredo Buzaid reforça a autonomia da tutela cautelar, e a possibilidade de a tutela cautelar compreender ao mesmo tempo funções de conhecimento e de execução, caracterizando-se, assim, como um *tertium genus*.

A respeito da finalidade da tutela cautelar, o emérito professor da USP explica que enquanto na atividade jurisdicional da função declaratória e executiva busca-se assegurar a realização do direito,

na função cautelar, o escopo não é realizar o direito principal, mas garantir que ele se realize oportunamente. O seu caráter é instrumental e temporário. A garantia é destinada, como ensina Alberto dos Reis, não propriamente a fazer justiça, mas a dar tempo a que a justiça realize sua obra (BUZOID, 2002, p. 224 - grifou-se).

E Alberto dos Reis discorre:

Uma vez que o processo cautelar nasce para ser posto ao serviço dum processo principal, a fim de dar ensejo a que este processo siga o seu curso normal sem o risco de a decisão final chegar tarde e ser, por isso, ineficaz, vê-se claramente que a função do processo cautelar é nitidamente *instrumental*; o processo cautelar é um instrumento apto para assegurar o pleno rendimento do processo definitivo ou principal. Não satisfaz, por si mesmo, o interesse da Justiça; não resolve definitivamente o litígio; limita-se a preparar terreno, a tomar precauções para que o processo principal possa realizar completamente o seu fim (1985, p. 27).

É com este intuito, a fim de se concretizar a efetivação da tutela cautelar, que “devem concorrer duas condições para o acolhimento da ação cautelar: o perigo que pode sofrer o direito pelo retardamento (*periculum in mora*); b) uma verossimilhança, pelo menos aproximativa, da existência do próprio direito (*fumus boni iuris*)” (BUZOID, 2002, p. 46), constituindo essas duas as condições especiais de admissibilidade do procedimento cautelar.

O *periculum in mora* é bem elucidado por José Alberto dos Reis:

Enquanto o processo declarativo ou executivo está seguindo seus trâmites regulares, podem ocorrer circunstâncias que criem o justo receio de que a sentença final chegue muito tarde; quer dizer, pode o estado de fato ter-se modificado ou estar na iminência de se modificar de tal maneira, que o titular do direito corra o risco de vir a obter uma sentença, total ou parcialmente, inútil e ineficaz.

(...)

A ordem jurídica não podia deixar de pôr à disposição do titular do direito meios idôneos para obstar a que fosse vítima da demora ocasionada pela necessidade de que a decisão definitiva da controvérsia seja o produto dum longo trabalho de preparação; se não procedesse assim, a Justiça seria

escarnekida e ludibriada pelas manobras fraudulentas de devedores sem escrúpulos (1985, p. 26).

Foi esta necessidade de tutelar a urgência que provocou o surgimento de mecanismos para coibir os efeitos do tempo sobre o direito das partes. As formas convencionais de tutela jurisdicional tornaram-se obsoletas e o Estado-juiz viu-se diante de duas opções:

desprezar a exigência de uma proteção imediata, capaz de responder adequadamente à situação de urgência, preferindo seguir os procedimentos legalmente estabelecidos; ou ao contrário, dar prioridade ao interesse de proteger desde logo o provável direito exposto a um dano iminente, adotando alguma medida que lhe dê segurança, sem que o direito por tal modo tutelado seja reconhecido como realmente existente pelo julgador, resultado este somente alcançável em demanda satisfativa que venha a ser ajuizada simultaneamente ou em momento subsequente (SILVA, 2008, p. 5).

São a cognição sumária e a efetividade do direito em detrimento da segurança de procedimentos legalmente estabelecidos, como forma de adaptação do processo à Constituição.

Neste sentido, a tramitação do processo cautelar, para não haver a desarmonia de sua função e sua estrutura, deve ser eminentemente célere e simplificada. Visto que o *periculum in mora* é a iminência do dano jurídico, a providência cautelar ou age rapidamente ou não cumpre o fim ao qual se destina.

Por isso, a apreciação da demanda possui caráter provisório, no sentido de que a medida “é destinada a produzir efeitos somente até ao momento em que se forme a decisão definitiva” (REIS, 1985, p. 29). E é justamente este o motivo pelo qual a cognição é sumária, visto que a apreciação final será realizada no processo principal.

A verossimilhança da existência do direito consiste na averiguação da simples *aparência* do direito. O juízo o qual será realizado, de mera probabilidade, não busca apurar se o direito existe realmente - não há qualquer dilação cognitiva – é apenas na sentença definitiva que haverá a cognição plena. A alegação da existência do direito deve se apresentar como, ao menos, *verossímil*, e deve oferecer elementos que funcionem como alicerce à decisão provisória.

A lição de Ovídio A. Baptista da Silva é propícia:

Como diz Coniglio, pelo menos na fase de concessão das medidas cautelares, há uma *suspensão da atividade que se chama assunção de prova*. Suspende-se a procura da verdade e deve o juiz contentar-se com a mera *aparência do direito* (1980, p. 67).

Ao citar Calamandrei, ensina que “entre fazer depressa e mal, e fazer bem mas tardiamente, o provimento cautelar deve aceitar a primeira alternativa” (1980, p. 68). E conclui:

Face às disposições do novo processo civil, muito maior dano haverá na protelação, ou na denegação, pelo juiz, de uma providência cautelar do que na sua concessão. E isso porque o sistema jurídico criou outra alternativa para os danos criados pelo deferimento injustificado da medida: as chamadas *contra cautelas*, de as cauções são exemplos típicos (1980, p. 68).

Em outras palavras, é essa a proposta da medida cautelar: desprezar a segurança de um provimento através de cognição plena e exauriente, com ampla produção de provas, e priorizar a efetividade, mesmo que seja por meio da cognição sumária, daí a necessidade da mera demonstração da aparência do direito.

2.3 O ACESSO À JUSTIÇA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A promulgação da Constituição de 1988 representou uma transformação profunda no cenário brasileiro. Nos âmbitos político, jurídico, social e econômico procedeu-se a uma reviravolta nos conceitos e no modo como estavam mantidos os alicerces de anos sob a luz da antiga Carta constitucional.

A Constituição de 1967, outorgada em meio à Ditadura Militar, e modificada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, determinou uma linha individualista, de caráter liberal, restritiva aos direitos políticos e individuais dos cidadãos.

De acordo com José Afonso da Silva:

Sofreu ela poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou. Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional. Deu mais poderes à União e ao Presidente da República (2004, p. 87).

Sobre os direitos e garantias individuais, a disposição era sucinta:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977).

Em 1988, com a nova Constituição, elaborada a partir de uma vasta participação popular e voltada para a realização plena da cidadania e dos direitos políticos e individuais, o contexto político-social brasileiro viu-se diante de um novo rumo, o qual privilegiava o plano social e coletivo em detrimento de um individualismo repressivo.

A garantia ao acesso à justiça, bem como a inserção de alguns instrumentos processuais constitucionais como o mandado de segurança coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção, entre outros, foi uma destas inovações presentes na Constituição Federal de 1988.

É cediço que com o passar do tempo e o desenvolvimento da sociedade, o conceito de direitos humanos foi se amoldando aos interesses de sua época. As relações entre as pessoas e a visão da sociedade de um modo geral encaminharam-se para um movimento cada vez mais coletivo e menos individualista dos direitos.

Mauro Capelletti é pontual: “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (1988, p. 12).

De acordo com Kazuo Watanabe, “o direito de acesso à justiça é também direito de acesso a uma justiça adequadamente organizada, e o acesso a ela deve ser assegurado por instrumentos processuais aptos à efetiva realização do direito” (1988, p. 135).

E continua:

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 estadual, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (1988, p. 128).

Horácio Wanderlei Rodrigues não destoa:

Se de um lado não se pode reduzir a questão do acesso à justiça à criação de instrumentos processuais adequados à plena efetivação dos direitos, de outro é também evidente que não se pode afastar a idéia de acesso à justiça do acesso ao Judiciário. Os outros direitos, em última instância, dependem desse acesso sempre que não forem respeitados; sem ele a cidadania se vê castrada, impotente. (...) Mas é fundamental perceber-se que o Estado, sem a jurisdição, seria uma instituição política desprovida de um instrumento legítimo, através do qual possa exercer seu poder, em última instância, na busca da pacificação da

sociedade. Sempre que um direito não for respeitado espontaneamente, não há como fazê-lo legitimamente senão através do processo (1994, p. 29).

Assim, depreende-se que uma ordem jurídica justa deve aplicar, antes de mais nada, a igualdade material entre seus cidadãos, por meio de um acesso à justiça despido de pré-conceitos e formalismos exacerbados. Não basta a determinação formal de Cartas constituintes de direitos, mas a efetiva igualdade entre os indivíduos, munidos de instrumentos processuais os quais promovam uma equiparação de ambas as partes litigantes.

A fim de constituírem procedimentos para efetivar a realização do referido acesso à justiça, Mauro Capelletti ensina que:

A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa 'igualdade de armas' – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos (1988, p. 15).

E aponta as soluções práticas para os problemas de acesso à Justiça: a assistência judiciária para os pobres, a representação dos interesses difusos e o “enfoque de acesso à justiça”, “porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo” (1988, p. 31), pois o acesso “não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, (...) o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica” (1988, p. 13).

Os movimentos e estudos teóricos tiveram início no ano de 1965, e rapidamente, nos países do mundo Ocidental, disseminou-se a idéia de implantação de um sistema que realmente privilegiasse o acesso à justiça.

No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe uma imensa modificação no âmbito do ordenamento jurídico do país quanto à questão do acesso à justiça atrelada à questão processual.

Estabeleceu, entre outras inovações, a assistência jurídica aos carentes, por meio de seu art. 5º, LXXIV: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A assistência jurídica abrange tanto o ingresso em juízo, como também as assessorias preventiva e extrajudicial.

José Carlos Barbosa Moreira é claro:

A grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências [isenção de custas e defensoria técnica], o campo de atuação já não se delimita em função do atributo 'judiciário', mas passa a compreender tudo que seja 'jurídico'. A mudança do adjetivo qualificador da 'assistência', reforçada pelo acréscimo do 'integral', importa notável ampliação do universo que se quer cobrir (1993, p. 215).

De acordo com Rodrigues, a assistência jurídica *integral* somente pode ser compreendida como “aquela que propicie ao interessado todos os instrumentos jurídicos necessários antes, durante e posteriormente ao processo judicial e mesmo extrajudicialmente, quando aquele não for necessário” (1994, p. 59), inclusive o acompanhamento dos processos administrativos.

E *gratuita*, ainda quer significar a isenção de todas as despesas que se fizerem necessárias para o real acesso à justiça.

Outros instrumentos ainda foram garantidos pela Magna Carta, independentemente do pagamento de qualquer taxa, para efetivar o disposto nos artigos já referidos. É o estabelecido no art. 5º, XXXIV:

São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

E o inciso LXXVII do mesmo artigo dispõe: “são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania”. Estas ações são desprovidas de qualquer ônus financeiro para o cidadão.

A Carta de 1988 também inovou quanto a alguns instrumentos processuais constitucionais, como o *mandado de segurança coletivo*, que buscou possibilitar a proteção de direitos de coletividades cujos integrantes se encontrem na mesma situação jurídica; o *mandado de injunção*, para as situações em que a ausência de norma regulamentadora torne inviável o exercício das prerrogativas inerentes à cidadania, à nacionalidade, e à soberania, bem como o dos direitos e liberdades constitucionais; o *habeas data*, para assegurar o conhecimento de informações sobre a

pessoa do impetrante e que constem registros ou bancos de dados de entidades de caráter público ou governamentais, e a *ação direta de inconstitucionalidade, por omissão* de medida para tornar efetiva norma constitucional, ou *em tese*, de norma legal ou ato normativo (RODRIGUES, 1994, p. 62 – grifou-se).

Sobre as ações coletivas, José Carlos Barbosa Moreira leciona:

Esse fenômeno das ações coletivas, que como vimos, assume na Carta de 1988 proporções inéditas, repito, na história das Constituições brasileiras, aparece aqui como um destaque, uma saliência, um realce eu não encontro paralelo em nenhuma das Cartas anteriores no nosso País, e diria até que não encontro paralelo no Direito Constitucional comparado.

Por uma lado, essa evolução tem também um significado político e social. Político, evidentemente, no sentido mais nobre da expressão, sem nada de vinculado à política partidária, na medida em que a facilitação da Ação Coletiva pode constituir um fator de correlação ou pelo menos de atenuação de certa desigualdade substancial das partes (1991, p. 198/199).

O emérito professor da USP conclui:

Assim, o florescimento das Ações Coletivas pode representar um fator muito importante, nesta evolução, de que temos tanta necessidade no Brasil, sobretudo neste momento da história brasileira, de uma consideração individualística de certos problemas para uma consideração de outra natureza, em outra perspectiva, por outro ângulo, que eu não quero chamar de socialística, porque não quero ser mal-entendido (...) (1991, p. 200).

Porém, foi no art. 5º, inciso XXXV, a grande inovação da Carta Magna ao dispor que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, inaugurando uma nova era no que diz respeito às tutelas de urgência. Não apenas a lesão, mas a *ameaça* a direito agora encontrava-se assegurada.

De acordo com José Afonso da Silva:

Acrescenta-se ao texto, agora, também a ameaça a direito, o que não é sem conseqüência, pois possibilita o ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados. Isso já se admitia nas leis processuais, em alguns casos. A Constituição amplia o direito de acesso ao Judiciário, antes de concretização da lesão (2008, p. 132).

A Carta Constitucional de 1988 alçou a nível constitucional a previsão das tutelas de urgência, garantindo que o Poder Judiciário não deixará de apreciar *lesão* ou *ameaça* a direito, positivando a mudança de eixo político inaugurada pela Carta constitucional.

Foi esta grande inovação processual – a constitucionalização das tutelas de urgência – que tornou inarredável a Reforma de 1994 do Código de Processo Civil.

3. REFORMA E CONTRA-REFORMA

3.1 AS REFORMAS DE 1994 E 2002

As duas grandes reformas do Código de Processo Civil, de 1994 e 2002, respectivamente pelas Leis ns. 8.952 e 10.444, trouxeram modificações que, segundo Carlos Alberto Carmona, “*ordinarizaram* a antecipação dos efeitos da tutela” (2007, p.15), ao reinserir ao processo de conhecimento as tutelas de urgência.

Para Teori Albino Zavascki,

A orientação do legislador foi clara: admitiu explicitamente a possibilidade de concessão de medidas de antecipação do próprio direito material afirmado pelo autor, mas deu a tal espécie de tutela uma disciplina processual e procedimental própria, diversa da prevista para as medidas cautelares (2005, p. 44).

Este movimento de retorno das tutelas de urgência ao processo de conhecimento iniciou com a promulgação da Lei n. 8.952, de 13.12.1994, que, entre outras alterações, determinou a nova redação do art. 273 do Código de Processo Civil:

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:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

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

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

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

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

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

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

Com este artigo, a modificação inserida no plano processual foi uma verdadeira revolução quanto aos possíveis efeitos da tutela. Em sua redação, novas expressões foram introduzidas e lentamente amoldadas pelos conceitos trazidos pela doutrina.

Do mesmo modo, para a concessão da medida liminar, o *caput* do artigo impõe a existência de prova inequívoca, capaz de convencer o magistrado da verossimilhança do direito alegado pela parte autora.

A prova inequívoca seria aquela a partir da qual somente um sentido fosse possível deduzir (MOREIRA, 2004, p. 80). A *contrario sensu*, prova equívoca, aquela à qual se possa atribuir mais de um significado.

Cândido Rangel Dinamarco diz que “aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil, chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança que a mera verossimilhança” (1995, p. 143), e prossegue:

O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar (1995, p. 143).

Ovídio A. Baptista da Silva leciona que “a prova da simples *verossimilhança* nunca poderá ser *inequívoca*, posto que o direito apenas *aparente*, passando a contar com prova inequívoca de sua real existência, ter-se-á transformado em direito evidente, não mais apenas verossímil” (*in* Reforma do Código de Processo Civil, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1996, p. 137).

Dizer que a prova deve formar um juízo de verossimilhança, para Luiz Guilherme Marinoni, “constitui tautologia. Isso porque toda prova, esteja finalizado ou não o procedimento, apenas pode permitir a formação de um juízo de verossimilhança quando se parte da concepção de que a verdade é algo absolutamente inatingível” (2006, p. 210).

Nas palavras de Zavascki:

(...) diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento do direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos (2005, p. 77).

Assim, tendo em vista que a verossimilhança da alegação é um conceito controvertido em diversos aspectos, e que a constituição da prova *inequívoca* pode ou não suscitá-la, a demonstração das provas e do direito do autor deve ser de plano, e de modo a não ensejar margem a segundas interpretações.

Rodolfo de Camargo Mancuso conclui:

Trata-se por um lado de louvável cautela do legislador, com vistas a evitar decisões temerárias que poderiam desequilibrar a isonomia entre as partes, em desfavor do réu; por outro lado, para ser “inequívoca”, estando-se na fase postulatória da ação, tal prova há de ser a documental e preconstituída, beneficiando, pois, das presunções de autenticidade/veracidade que soem assistir esse tipo de prova (*in* Reforma do Código de Processo Civil, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1996, p. 178).

Quanto às conseqüências práticas da nova redação do art. 273 do Código de Processo Civil no cenário processual brasileiro, Teori Albino Zavascki discorre:

O art. 273 veio estabelecer em divisor de águas, alterando profundamente essa situação. De ora em diante, a ação cautelar se destinará exclusivamente às medidas cautelares típicas; as pretensões de antecipação satisfativa do direito material somente poderão ser deduzidas na própria ação de conhecimento. A distinção entre elas passa a ser, como se vê, de fundamental importância e não apenas por motivos burocráticos (na prática, até agora a antecipação satisfativa era requerida em ação autônoma – cautelar – mas os autos, geralmente, eram apensos aos da principal, onde se fazia instrução e julgamento conjunto). Sob este aspecto, a antecipação satisfativa da tutela pelo regime do art. 273 do Código de Processo Civil resultou facilitada (já que independe de ação própria, podendo ser requerida por simples petição). Porém, a profundidade da mudança foi em outro aspecto: mudaram os pressupostos para a concessão da medida, que passaram a ser mais severos que os do processo cautelar (...) (*in* Reforma do Código de Processo Civil, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1996, p. 164).

E denomina esta reorganização de “purificação do processo cautelar”, que explica:

O que se operou, portanto, foi a purificação do processo cautelar, que assim ficará restrito à sua finalidade típica: a obtenção de medidas para tutelar o processo, e indiretamente, o direito, sem porém satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecuratórias, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, aliás, devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento. Postulá-las em ação cautelar onde os requisitos para a concessão são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273 do Código de Processo Civil que, para satisfazer antecipadamente exige mais que plausibilidade, exige verossimilhança construída sobre prova inequívoca (*in* Reforma do Código de Processo Civil, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1996, p. 165).

Desta forma, com a devolução ao processo de conhecimento das “tutelas ditas cautelares, mas de cunho satisfativo”, manteve-se “no processo cautelar

propriamente dito (Livro III), apenas aquelas medidas puramente assecuratórias do direito, sem viés antecipatório” (*in* Estudos de Direito Processual Civil, coord. Luiz Guilherme Marinoni, 2005, p. 617).

Neste sentido, pode-se afirmar que a solução encontrada pela Reforma foi a de privilegiar a efetividade do processo, ao antecipar os efeitos da tutela pretendida e por conseguinte satisfazer o direito pleiteado, em detrimento à segurança jurídica, aquela exercida sempre em caráter de excepcionalidade.

No que concerne à satisfação do direito, com as mudanças trazidas com a reforma, “já não se pode mais questionar da legitimidade das medidas provisórias satisfativas, providência que passou a ser cabível, em qualquer ação de conhecimento”. Entretanto, “sua concessão está sujeita a regime próprio, inconfundível e, em alguns aspectos, mais rigoroso que o das medidas cautelares (...)” (ZAVASCKI, 2005, p. 44/45).

Luiz Guilherme Marinoni explica que “a ação de cognição exauriente com liminar, do mesmo modo que a ação sumária satisfativa, era pensada pela prática como ‘ação cautelar satisfativa’, apesar da completa diferença entre as cognições que fundavam as suas sentenças” (*in* Reforma do Código de Processo Civil, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1996, p. 116).

E prossegue:

De qualquer maneira, a reforma do Código cria a possibilidade da antecipação da tutela no processo de cognição exauriente, eliminando a necessidade de o autor – para obter uma tutela sumária satisfativa – valer-se do art. 798, que gerava ações sumárias satisfativas e ações de cognição exauriente com tutela satisfativa interinal.

O art. 273 fez triunfar a tese, absolutamente correta, de que a tutela sumária satisfativa nada tem a ver com a tutela cautelar. (*in* Reforma do Código de Processo Civil, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1996, p. 117).

Deixa evidente, portanto, a clara distinção entre as tutelas cautelar e antecipatória.

Neste sentido, sobre as conseqüências práticas e doutrinárias da nova lei, Cândido Rangel Dinamarco conclui:

A antecipação da tutela jurisdicional, como conceito relativamente distinto da tutela cautelar, chegou ao direito brasileiro com a Reforma de 1994 e não foi ainda perfeitamente compreendida pelos operadores do direito nem adequadamente assimilada pela doutrina (2002, p. 90).

Tanto que em 7.5.2002 outra reforma processual foi introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei n. 10.444. Entre outras modificações, o art. 273 do Código de Processo Civil recebeu alteração em seu parágrafo terceiro e os novos parágrafos sexto e sétimo.

Art. 273.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 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.

Com relação à mudança trazida pelo parágrafo terceiro do artigo em questão, houve uma alteração do termo *execução por efetivação*, “com o propósito de conferir tratamento diversificado ao cumprimento da medida que, ao ver do legislador, não caracteriza tecnicamente execução” (LOPES, 2007, p. 172).

A alusão ao art. 588, hoje art. 475-O, permite concluir a falta de exigência do requisito subjetivo para sua caracterização, visto que a responsabilidade é objetiva para o uso indevido da antecipação dos efeitos da tutela (LOPES, 2007, p. 173/174).

A remissão aos parágrafos quarto e quinto do art. 461, e ao art. 461-A, do Código de Processo Civil, foi o acolhimento da reforma à tutela específica e à execução da entrega de coisa.

Zavascki ensina:

Como se percebe, atribuiu-se às obrigações, para entrega de coisa, regime processual semelhante ao previsto para as obrigações de fazer e não fazer: uma ação executiva *lato sensu*, em que todas as atividades cognitivas e executivas operam-se numa única relação processual. Aqui, como lá, a tutela específica está superlativamente valorizada, sendo que o cumprimento da medida antecipatória e da sentença será amparado por qualquer medida necessária que o juiz entender cabível à situação concreta, inclusive a aplicação de multa diária (2005, p. 175).

Assim, a multa diária, bem como “as medidas de apoio e a antecipação dos efeitos do provimento são admissíveis na generalidade das ações com as ressalvas já feitas no tocante às ações declaratórias e às constitutivas” (LOPES, 2007, p. 174).

Sobre os efeitos da antecipação da tutela, em relação à natureza das ações, Ovídio A. Baptista da Silva discorre:

Deixando, porém, de lado esta divergência de opiniões, pode-se asseverar, sem medo de errar, que tanto a declaração quanto a condenação, e a constituição, não comportam juízos provisórios e, em si mesmos, juridicamente relevantes.

(...)

A análise precedente autoriza-nos a concluir que o campo de incidência das liminares antecipatórias previstas pelo art. 273, em sua nova redação, coincide com os *efeitos* – nunca com o *conteúdo* – de qualquer uma dessas três ações (declaratórias, constitutivas e condenatória) que se caracterizem por sua natureza de efeitos *práticos*, não *normativos*, o que corresponde a afirmar que os efeitos que poderão ser antecipados serão sempre, e exclusivamente, os efeitos executivos e mandamentais, já que, como acabamos de ver, os efeitos *normativos* da sentença (declarar e constituir) não podem ser (provisoriamente) antecipados (*in* Reforma do Código de Processo Civil, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1996, p. 132).

Os efeitos da antecipação da tutela, então, somente podem realizar-se nas ações mandamentais e executivas, pois, como explicitado, os efeitos nas ações declaratórias, constitutivas e condenatórias são a própria providência definitiva, na qual a análise do mérito mostra-se inarredável.

O parágrafo sexto, introduzido pela reforma, dispõe a respeito da concessão da antecipação dos efeitos da tutela quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

O pedido torna-se incontroverso não apenas quando não é realizada a contestação ou o reconhecimento parcial. Para Marinoni, a técnica antecipatória do § 6º parte da premissa

de que é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que se tornou incontroverso no curso do processo. Pouco importa que tal direito tenha sido contestado, uma vez que é inegável que um direito, apesar de contestado, pode ser tornar incontroverso no curso do processo (2006, p. 359).

Para João Batista Lopes, a tutela antecipada, na hipótese deste parágrafo, implica o reconhecimento do próprio pedido, e não apenas os seus efeitos práticos em

virtude da ausência de controvérsia (2007, p. 177), sendo a cognição, neste caso, plena e exauriente.

Segundo Kazuo Watanabe, este tipo de cognição é o provimento que se assente “em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz e completo quanto à profundidade dessa cognição (...) de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada” (1999, p. 128).

Desse modo, a cognição a ser exarada quando parte do pedido, ou ele todo mostrar-se incontroverso, é considerada exauriente, conferida a este tipo de análise jurisdicional o manto da coisa julgada.

A reforma ainda concedeu ao art. 273 o parágrafo sétimo, alvo de profundas controvérsias: “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”.

Cândido Rangel Dinamarco defende a fungibilidade total do art. 273, § 7º, alicerçado nos princípios da instrumentalidade e da economia processual:

O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação da 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* (2002, p. 92).

Nelson Nery Júnior comunga desta orientação, ao afirmar que o autor não pode ser prejudicado por ter formulado um pedido fora da técnica processual.

E Carreira Alvim sintetiza:

É a aplicação da regra do ‘quem pode o mais pode o menos’, (...) se pode o juiz deferir um provimento, antecipando os efeitos da própria sentença de mérito, pode também deferir um provimento tendente apenas a garantir eficácia dessa mesma sentença, a ser proferida no futuro (2004, p. 41).

Por outro lado, alguns autores têm se posicionado no sentido de não admitir a fungibilidade inversa do art. 273, § 7º, do Código Processual. Arruda Alvim afirma não ser possível a via de mão dupla da fungibilidade, mas somente aquela explicitada em lei. Extrai-se de suas *Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela - Lei n. 10.444, de maio de 2002*:

(...) se a parte requerer uma medida cautelar, nominalmente, mas que, em tudo e por tudo, seja uma tutela antecipada, inclinamo-nos pela possibilidade do juiz vir a conceder essa tutela antecipada, como tal, dado que, em tal hipótese, o erro terá sido, única e exclusivamente, de nomenclatura. Deverá, em tal hipótese, observar o procedimento da tutela antecipada e não processar essa medida em separado. Se, todavia - e, aqui respondemos ao âmago da questão -, a parte requerer medida cautelar, propriamente dita, e, portanto, de envergadura menor do que aquilo que poderia ter sido pedido no bojo de uma tutela antecipada, *o juiz não poderá hipertrofiar o pedido da parte, acentuar os pressupostos do pedido, acabando por conceder aquilo que a parte não desejou, ou, em relação ao que não expressou a sua vontade. Aqui o juiz estaria impedido de conceder uma proteção maior do que a que foi solicitada* (2003, p. 108).

A Exposição de Motivos, no Projeto de Lei n. 3.476/2000, o qual originou a Lei n. 10.444/02, ressaltou que “a redação proposta para o § 7º atende ao princípio da economia processual, com a adoção da fungibilidade do procedimento, evitando à parte a necessidade de requerer, em novo processo, medida cautelar adequada ao caso”; restringindo, com isso, a somente uma via de fungibilidade das tutelas.

Destarte, pode-se concluir que não é possível a conversão da medida cautelar em antecipação dos efeitos da tutela. O pleito de natureza antecipatória necessita estar no processo principal, a fim de evitar-se tumulto processual. A ação cautelar caracteriza-se por ser instrumental e acessória, enquanto o pedido de antecipação dos efeitos da tutela está inserido nos mesmos autos, com o conseqüente desenvolvimento intraprocessual.

Além disso, é sabido que o pleito antecipatório se refere somente a pedido já englobado pelo processo principal, não sendo correto que verse sobre o que não está dentro da demanda inicial; a ação cautelar diz respeito à proteção jurisdicional que visa realizar um direito, e não precisa necessariamente se amoldar às limitações do pedido, existindo, ainda para corroborar tutelas que não estão previstas no Código Processual, as ações cautelares inominadas.

A confusão processual, portanto, estaria configurada pelo transtorno que pode gerar o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela em ação cautelar.

Neste norte, como as conseqüências da medida cautelar são menos intensas do que as da antecipação dos efeitos da tutela, e visam assegurar a realização de um direito, geralmente reversível, os requisitos para a sua concessão são mais flexíveis do que os daquela. Isso acarretaria prejuízo ao réu, e caracterizaria grave ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, o excesso de instrumentalidade pode gerar um desvirtuamento deste próprio princípio. Ao mesmo tempo em que nos casos duvidosos é uma ferramenta de extrema utilidade e economia, ela pode estimular os profissionais relapsos ao descuido e à falta de estudo e preparo. Se a distinção entre as tutelas de urgência não se refletirá no refinamento da prática jurídico-processual brasileira, a tendência é o retrocesso nesta esfera.

Quanto à fungibilidade, faz-se mister a análise imperativa do erro grosseiro e da má-fé. A doutrina e a jurisprudência, neste aspecto, têm-se posicionado no sentido de repudiar ambos, por constituírem outro propósito que não o do Diploma Processual.

3.2 REFORMA E CONTRA-REFORMA (O CISMA NA COMISSÃO REVISORA)

A partir da inserção do § 7º do art. 273, a reforma do Código de Processo Civil começa a desandar por um caminho obscuro. Parte da doutrina passa a defender uma fungibilidade ampla entre as tutelas de urgência, enquanto outros doutrinadores acreditam em fungibilidade apenas em uma via de sentido, como esclarecido no item anterior.

Candido Rangel Dinamarco, em *A Reforma da Reforma*, deixa claro que “quando bem compreendido, (...) esse novo dispositivo tem um significado e uma dimensão que pode ir muito além dos objetivos do próprio legislador, em proveito da maior efetividade da tutela jurisdicional e de sua tempestividade” (2002, p. 92).

A fungibilidade entre as tutelas, para este autor, deve representar o meio posto pela lei “à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas urgentes – ou seja, para a descoberta de que muito há, na disciplina explícita das medidas cautelares, que comporta plena aplicação às antecipações de tutela” (2002, p. 92).

Após uma breve explanação sobre o sentido da lei posta, e sua dimensão, possivelmente maior que originalmente estabelecida pelo legislador, Dinamarco

discorre acerca do duplo sentido vetorial de fungibilidade entre a tutela cautelar interinal e a antecipatória:

O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação da 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* (2002, p. 92).

E não deixa suscitar dúvidas quanto à sua posição, ao exemplificar:

Se for feito um pedido de sustação de protesto com o rótulo de antecipação de tutela e o juiz entender que a natureza da medida postulada é a de uma cautela e não de antecipação, estará ele autorizado a concedê-la a título de medida cautelar, sem se preocupar com a qualificação proposta pelo autor. Inversamente, pelo a título de medida cautelar a intervenção do juiz em sociedade anônima, com vista a estancar dilapidações patrimoniais em curso por obra dos administradores estatutários (2002, p. 93).

Ocorre que suas exemplificações de tutelas de urgência são apenas em ações de cunho declaratório, nas quais quase sempre as tutelas são fungíveis. Dinamarco tenta induzir o leitor a observar que isso acontece sempre, *id est*, que todos os tipos de ações as tutelas de urgência são fungíveis, o que é questionável, pois a fungibilidade dá-se somente naquelas ações enunciativas, ou declaratórias e constitutivas.

Conscientemente ou não desta manobra desleal, Dinamarco é defensor veemente da fungibilidade total no que concerne às tutelas de urgência, mesmo tendo afirmado em publicação anterior: “A exigência de *prova inequívoca* significa que a mera aparência não basta e que a *verossimilhança* exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar” (1995, p. 143).

Entretanto, não foi apenas Cândido Rangel Dinamarco quem criticou a confecção do art. 273 do Código de Processo Civil.

José Roberto dos Santos Bedaque, discípulo acadêmico do próprio Dinamarco e de Ada Pellegrini Grinover, já afirmou alhures que ninguém quer tomar para si a responsabilidade do art. 273, dada a desordem processual que seu texto gerou (Conferência ministrada na ABDPC, Porto alegre, 2007).

É certo que o dispositivo processual segue o estilo indutivo da Escola de São Paulo, trazendo conceitos cautelares, como “verossimilhança da alegação” atrelados aos antecipatórios, como “prova inequívoca”.

O § 2º também foi alvo de críticas, em virtude de sua infeliz redação, que cautelariza a antecipação da tutela, dando-lhe efeitos temporários e não provisórios.

Sobre estes conceitos, Ovídio A. Baptista da Silva discorre:

Para uma compreensão adequada da diferença entre o que seja provisório e aquilo que seja apenas temporário, podemos valermos de um ilustrativo exemplo empregado por LOPES DA COSTA.

Os andaimes são temporários, mas não são provisórios. Eles devem permanecer até que o trabalho exterior da construção seja ultimado. São porém, definitivos, no sentido de que nada irá substituí-los. Esta temporariedade, no entanto, difere do modo como o desbravador do sertão se serve da barraca onde acampa, até que possa construir uma habitação definitiva. A barraca, neste caso, desempenha uma função provisória, dado que seu uso estará limitado ao tempo necessário à construção da habitação definitiva que a substituirá. O provisório é sempre trocado por um definitivo (2008, p. 51).

Neste sentido, aquilo que é temporário não será substituído por outro; diferentemente do provisório, sempre permutado por um definitivo, tendo tempo certo para terminar.

A conseqüência deste tumulto conceitual demonstrou-se através da jurisprudência, que apontou para as mais diversas direções. Foi necessário grande esforço hermenêutico do Superior Tribunal de Justiça para dar a este parágrafo segundo do art. 273 do Código de Processo Civil uma interpretação adequada, mesmo que realizada a *contrario sensu*.

Exatamente neste ponto, em virtude das confusões jurisprudenciais, que surgiram as maiores críticas à Comissão da Reforma, questionada com grande ênfase pela doutrina sulista e independente.

Luiz Guilherme Marinoni asseverou:

A inefetividade do procedimento ordinário, entretanto, fez com que os tribunais passassem a falar de “ação cautelar satisfativa”. Lamentáveis equívocos foram cometidos pelos tribunais e pela doutrina em razão da não consideração da cognição inerente ao procedimento materialmente sumário. Decidiu-se, por exemplo, que “a medida cautelar inominada que visa à participação de sócio em assembleia tem cunho satisfativo, pois o interesse imediato se esgota com o cumprimento da liminar concedida. ‘A realização da instrução para apuração dessa resistência importaria em apego ao formalismo, sendo portanto

desnecessária' (RT 637:85) (*in* Reforma do Código de Processo Civil, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1996, p. 115).

Para o autor, as tutelas antecipatória e cautelar foram estabelecidas de forma muito semelhantes no Código de Processo Civil. Assim, a tutela antecipatória, originada para fingar o mito da *nulla executio sine titulo*, subsiste para separar satisfatividade da formação da coisa julgada material, ou, em outras palavras, conceber um provimento efetivo antes mesmo do acerto definitivo da ação.

E afirma: "o que impede a doutrina de admitir a natureza executiva da tutela sumária satisfativa é a cognição não definitiva, e não o simples requisito do perigo" (*in* Reforma do Código de Processo Civil, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1996, p. 121).

Ovídio A. Baptista da Silva anota:

O equívoco que se esconde nessa doutrina é tão primário que não evita esta óbvia e insuperável contradição: legitima-se a execução provisória sempre que houver necessidade de acelerar (antecipar) a tutela jurisdicional; se, no entanto, essa aceleração for demasiadamente intensa, então a execução provisória desaparece, para dar lugar à tutela cautelar, de tal modo que o mesmo princípio que fundara seu cabimento passa a ser responsável pela sua extinção (1993, p. 93).

E Luiz Guilherme Marinoni conclui:

O legislador processual, ao estabelecer hipóteses específicas de execução provisória, tem em mira permitir, em função de particulares situações de direito substancial, a aceleração da satisfação do direito. Se o legislador agora permite, em vista de 'receio de dano irreparável ou de difícil reparação', a antecipação da satisfação do direito constitui tutela cautelar. Ora, não é porque a aceleração da satisfação do direito decorre da existência de um 'receio de dano' que a tutela deixará de ser satisfativa para se transformar em acautelatória (*in* Reforma do Código de Processo Civil, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1996, p. 122).

A Comissão Revisora não resistiu às diversas e enfáticas críticas, inclusive a de que estaria destruindo qualquer tentativa de resgatar a identidade sistêmica do Código de Processo Civil.

Em nenhum outro tema essas críticas foram tão intensas como no que tange às tutelas de urgência, o que provocou a produção de projetos diferentes para os mesmos assuntos.

O exemplo perfeito e acabado disso se extrai do antagonismo entre o projeto de Ada Pellegrini Grinover e Athos Gusmão Carneiro para mais uma reforma do Código Processual. Observe-se.

3.3 PROJETO ADA PELLEGRINI GRINOVER X PROJETO ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

Na exposição de motivos do anteprojeto de lei, elaborada pela comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni, encontra-se a observação quanto à necessidade da mudança:

A proposta de estabilização da tutela antecipada procura em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. Não importa se se trata de antecipação total ou parcial. O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico – é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito (Exposição de Motivos do anteprojeto de lei de estabilização da tutela antecipada, p. 2).

E a comissão esclarece mais:

Se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isso claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a demanda que vise à sentença de mérito (em se tratando de antecipação em procedimento antecedente) ou em não requerer o prosseguimento do processo (quando a antecipação é concedida no curso deste), tem-se por solucionado o conflito existente entre as partes, ficando coberta pela coisa julgada a decisão antecipatória, observados seus limites (Exposição de Motivos do anteprojeto de lei de estabilização da tutela antecipada, p. 2).

Para a Comissão, o fato de Kazuo Watanabe já ter defendido a existência de ação de cognição sumária autônoma serve de alicerce à proposta que torna “auto-suficiente o procedimento antecedente na hipótese de preclusão da decisão da antecipatória de tutela” (Exposição de Motivos do anteprojeto de lei de estabilização da tutela antecipada, p. 2).

Nas palavras de Kazuo Watanabe:

Nos processos sumários cautelares e não cautelares, a sumariedade da cognição abrange o próprio mérito da causa. Entre a perfeição e a celeridade, o legislador procurou privilegiar esta última, mas em contra-partida, deixou de conferir a autoridade de coisa julgada material ao conteúdo declaratório assentado em cognição sumária (2000, p. 142).

Na exposição de motivos do anteprojeto de lei, discorre:

Por outro lado, não pode surpreender a observação de que os provimentos antecipatórios são, substancialmente, provimentos monitorios. Salientou-o oportunamente Edoardo Ricci, em alentado estudo em que examinou a tutela antecipatória brasileira, preconizando sua estabilização (A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano, *in* Revista de Direito Processual, Gênesis, setembro-dezembro de 1997, p. 691 e ss.). Os pressupostos da monitoria e da antecipação podem ser diversos, mas análoga deve ser a eficácia. E Ovídio Baptista da Silva, antes mesmo da adoção da ação monitoria pelo ordenamento brasileiro, considerou expressamente as liminares antecipatórias como modalidade de processo monitorio genérico (A antecipação da tutela na recente reforma processual, *in* Reforma do CPC, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, São Paulo, 1996, n. 8) (Exposição de Motivos do anteprojeto de lei de estabilização da tutela antecipada, p. 2).

É a proposta do Projeto de Ada Pellegrini Grinover e seus colaboradores:

Art. 273.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§1º do art. 273-B e art. 273-C).

§ 5º Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz.

E seriam acrescidos ao art. 273 do Código de Processo Civil:

Art. 273-A A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo.

Art. 273-B Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§1º. Concedida a tutela antecipada em procedimento antecedente, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva:

- a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;
- b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§2º. Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

Art. 273-C. Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

Art. 273-D Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.

Há a sugestão alternativa para a proposta de estabilização da tutela, confeccionada por Athos Gusmão Carneiro:

Trago minha preocupação com as inúmeras possíveis dificuldades decorrentes da necessidade, para o réu, de ajuizar uma 'ação contrária'. E, se a concessão for parcial, poderão 'cruzar-se' a ação ajuizada pelo autor buscando sua satisfação integral, com a 'ação contrária' do réu, que visa "a sentença de mérito" (Exposição de Motivos do anteprojeto de lei de estabilização da tutela antecipada, p. 4).

E prossegue:

Pelo anteprojeto apresentado pelo IBDP, ocorrerá com freqüência o 'cruzamento' de ações: o autor, querendo a "*satisfação integral da pretensão*", e o réu, com sua 'ação contrária' que "*vise a sentença de mérito*", querendo impedir a coisa julgada. Em linha teórica, muito bem. Mas, na prática, virá a inovação ao encontro dos propósitos de 'simplificação', de 'celeridade', de 'eficiência' do processo? Quantas dúvidas, quantas complicações incidentais, quantos agravos poderão surgir? (Exposição de Motivos do anteprojeto de lei de estabilização da tutela antecipada, p. 5).

Na visão de Athos Gusmão Carneiro, parece mais adequado "o réu expor sua defesa na forma usual, na via ampla, costumeira e 'normal' da contestação" (grifos do original, p. 5), e expõe o intuito da nova reforma:

Que as medidas cautelares incidentais possam ser requeridas e decididas sem necessidade de um 'processo' autônomo, adotando-se a mesma trilha processual das antecipações da tutela. Aliás, na simplificadora praxe do foro, quase sempre o andamento dos atuais processos cautelares esgota-se na concessão ou indeferimento da respectiva liminar; decidida a liminar, normalmente nos autos do processo cautelar, são apensados aos da causa 'principal' e caem no esquecimento. Em geral, somente ao proferir a sentença lembra-se o juiz do provimento acautelatório, para declará-lo como 'prejudicado' ou como 'subsumido' na prestação jurisdicional de mérito (disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br>>, acesso em 18.11.2008, grifos originais).

O autor explica que no atual nível de modernização do direito processual, em que privilegia a eficiência e a instrumentalidade das atividades processuais do que a considerações apenas de caráter teórico, "qualificar tal função cautelar, que é subsidiária, acessória, como se fora um verdadeiro '*tertium genus*', a par do processo de conhecimento e do processo de execução" parece imoderado (disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br>>, acesso em 18.11.2008, grifos originais).

E segue:

Atualmente, à falta de outra alternativa procedimental vem sendo utilizado para tal fim o rito das cautelares antecedentes, ditas "preparatórias", o que implica um desvirtuamento da fundamental distinção conceitual entre a função

nitidamente de cautelar e aquela que consiste na antecipação ao demandando do próprio bem da vida objeto de sua pretensão (disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br>>, acesso em 18.11.2008, grifou-se).

O Livro III seria dividido em dois Títulos: “Das medidas cautelares e antecipatórias” e “Dos Processos de Urgência”. O primeiro título seria subdividido em quatro capítulos: “Das disposições gerais”, “Das medidas cautelares”, “Das medidas de urgência específicas” e “Das medidas antecipatórias”. Já o segundo, subdividido em dois capítulos: “Dos direitos personalíssimos” e “De outras medidas de urgência”.

Assim, a fungibilidade entre as medidas preventivas seria ampla e no projeto ela vem expressamente prevista.

É a proposta da nova redação do art. 796:

Art. 796. As medidas antecipatórias dos efeitos da tutela e as medidas cautelares podem ser requeridas antes ou no curso do processo, e a este estão vinculadas.

§ 1º A concessão da medida supõe a plausibilidade do direito invocado e a ocorrência ou o perigo de dano.

§ 2º O pedido de uma medida antecipatória ou cautelar inadmissível, ou proposta em lugar de outra, salvo na hipótese de má-fé, não obstará que o juiz conheça do pedido e desde logo outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos considere comprovados.

O novo art. 273 assim seria disposto:

Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento do autor, no início do processo ou durante seu curso, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela (art. 881-A), bem como deferir medidas cautelares (art. 798).

§ 1º Concedida ou não a antecipação de tutela, o processo prosseguirá até final julgamento.

§ 2º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar poderá o juiz, caso presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental.

As medidas cautelares específicas ficariam com uma redação mais enxuta, sendo apenas previstas as medidas do arresto, indisponibilidade de bens, seqüestro, caução, produção antecipada de provas, arrolamento de bens, justificação e atentado.

No capítulo das medidas antecipatórias, estariam duas seções: as medidas antecipatórias em geral, que integrariam os art. 881-A até o art. 881-E, e os alimentos provisórios, do art. 881-F ao art. 881-I.

No Título II, “Dos Processo de Urgência”, quanto aos direitos personalíssimos, o intuito do anteprojeto é de permitir a “extinção do processo após a concessão da liminar antecipatória, quando tal concessão implique mudança irreversível no mundo dos fatos, naturalmente sem que a sentença produza a eficácia de coisa julgada material” (disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br>, acesso em 18.11.2008).

No segundo capítulo deste título, ainda viria “De outras medidas de urgência”, pelos arts. 888 e 889.

Apesar de todo esforço teórico destes dois grandes doutrinadores, é cediço que já está mais do que no momento de as reformas processuais serem abolidas da Comissão Revisora.

Alfredo Buzaid já havia previsto essas conseqüências quando da feitura do Código de Processo Civil, em 1973:

O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções. Dessas várias reformas tem experiência o país; mas, como observou Lopes da Costa, umas foram para melhor, mas em outras saiu a emenda pior que o soneto. (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973 – grifou-se).

É certo que toda reforma acarreta pontos favoráveis e desfavoráveis. A reforma de 1994, por exemplo, buscou evitar o problema do Código Civil, o qual levou décadas para ser terminado, e em diversos pontos já se encontrava defasado antes mesmo de sua publicação. E assim, a reforma desprivilegiou a questão da qualidade processual.

Desta maneira, são inúmeros os efeitos de um ordenamento jurídico retalhado por reformas parciais. A jurisprudência transforma-se em uma rosa dos ventos, apontando em todas as direções. O direito material passa a depender da corrente doutrinária adotada pelo órgão julgador. A doutrina divide-se e possibilita o surgimento de autores das mais variadas opiniões, desqualificados processualmente muitas vezes.

O destino das tutelas de urgência é desafortunado. Quanto mais se previrem reformas parciais, mais o Código de Processo Civil tende a ser tornar incoerente do ponto de vista sistêmico, e perder sua identidade.

Por fim, observa-se que há uma inversão de pólos. Hoje, a *praxis* está reescrevendo quais os rumos da processualística civil. O Código de Processo Civil tenta buscar preservar a coerência que um dia já possuiu, e deve ficar claro que é ele que determina o norte processual no país. Não pode submeter-se ao capricho da grande massa dos operadores jurídicos e ao bel prazer das correntes defendidas pelos doutrinadores. O foco orientador é apenas um – e deve continuar absoluto.

CONCLUSÃO

Controvérsias são sempre necessárias, pois é da dialética que ocorre o amadurecimento das idéias. Seja no âmbito político, econômico ou jurídico, o Estado de Direito enriquece-se por meio destas divergências, especialmente diante da liberdade de expressão. Suscitam debates, fomentam o conhecimento e provocam a reflexão. Se economia e a política dependem das diferenças entre povos e culturas, o direito depende destas transformações para evoluir.

Com o direito processual não será diferente. É vital para os operadores do direito que dissonâncias e polêmicas surjam para suscitar a discussão, os questionamentos e a ponderação. As reformas do Código de Processo Civil têm oscilado em função desta dialética. Os rumos originais não são mais os rumos atuais.

E isso é particularmente sentido quando o tema é tutelas de urgência. Seu berço remonta à Roma Antiga. Passa pela península ibérica, integra as Ordenações portuguesas, para no Brasil estrear juridicamente no Código de Processo Civil em 1939.

Em 1973, recebe novo enfoque, por influência da doutrina italiana, em nome de Enrico Tullio Liebman, professor e amigo de Alfredo Buzaid, autor do anteprojeto do Código de Processo Civil. Ao guindar as tutelas de urgência ao *status* de processo, emprestando-lhe procedimento (sumário) próprio, sentença e coisa julgada (formal) peculiares, tudo para conceder autonomia em relação à lide principal. Mas duzentos anos de tutelas interinais meramente acessórias que seguiam sempre o destino da sentença transformou essa autonomia em mera arquitetura doutrinária sem repercussão prática.

As tutelas de urgência concebidas por Buzaid perderam sua única característica inovadora – a autonomia em relação ao processo principal – e seguiram a tradição do Código de Processo Civil de 1939 e das próprias Ordenações como mero penduricalho do direito material discutido.

Tal circunstância afetou sobremaneira a natureza jurídica e definições teóricas do tema, deixando o terreno movediço para reformas no futuro.

De qualquer maneira, Buzaid lembra a advertência de Chiovenda ao iniciar a exposição de motivos: *Convien decidersi a uma riforma fonamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso*. Tudo em vão, seus discípulos diletos se encarregaram

de aprofundar os cismas teóricos acerca das tutelas de urgência, confundindo mais do que esclarecendo. Positivaram tutela interinal, como havia no diploma processual de 1939, de caráter antecipatório, mas com características cautelares (verossimilhança em tutela reversível), plantando a necessidade de mais e mais reformas a fim de corrigir os rumos de conceitos equivocados.

As alterações de 2002, especialmente no que concerne ao art. 273 é exemplo claro de que não se tratava mais de uma reforma, mas sim uma correção de rumo dentro da reforma original, deixando claro que reformas parciais procrastinaram a esperança de um sério avanço.

Pouco importou que a Constituição Federal, em 1988, tenha alterado o eixo político da processualística civil brasileira, através das garantias e direitos de cidadania antes inimagináveis. A nova era estava por vir.

Constitucionalizadas, as tutelas de urgência passaram a receber um prestígio ainda maior, positivadas através do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, a iminência de dano, para ser resolvida, pressupõe a rapidez, o agir a tempo, a prontidão do Poder Judiciário, somente obtida por meio das tutelas de urgência.

E foi esta mudança de eixo político, de uma visão constitucional liberal e individualista para a sociológica e coletiva que lançou os alicerces para a Reforma de 1994.

O Código já estava posto há quinze anos. A Constituição era hialina em suas determinações e a consequência era inevitável: o Código de Processo Civil tinha de amoldar-se aos preceitos constitucionais. Nascia a Reforma de 1994.

Reforma esta que estabeleceu a nova redação do art. 273 do Código de Processo Civil, e instituiu assim, a antecipação dos efeitos da tutela, aguardada por grande parte da doutrina.

Para alguns doutrinadores, a má *praxis* dos operadores do direito e seu conseqüente desvirtuamento do real intuito da reforma, levaram à promulgação de nova lei que modificou o § 3º e instituiu os §§ 6º e 7º no referido art. 273 do Código Processual, em 2002.

Aos poucos, foi-se delineando um rompimento entre alguns segmentos da doutrina, inclusive na própria Comissão Revisora, como explicitado no presente trabalho, em que o último projeto recebeu duas versões: uma da Prof. Ada Pellegrini Grinover e outra do Prof. Athos Gusmão Carneiro.

É fato que esta controvérsia está longe de chegar ao fim. Apesar de todo esforço teórico da doutrina, é cediço que já está mais do que no momento de as reformas processuais serem abolidas da Comissão Revisora. A costura interminável de anos entre as diferentes partes do Código de Processo Civil o transformou em um verdadeiro chão de alfaiataria, colorido pelas mais diversas estampas de tecidos.

Ao optar por um Código novo, em 1973, Buzaid já previra que conforme Chiovenda, as reformas parciais apenas mascaram um sério progresso. E é a pura verdade, pois qualquer conjunto que se mexa pela metade não funciona bem. O Código é um sistema, em todo interligado; não pode estar sujeito a modificações constantes.

Infelizmente, o futuro das tutelas de urgência é funesto. Quanto mais se previrem reformas parciais, mais o Código de Processo Civil tende a ser tornar incoerente do ponto de vista sistêmico, e perder sua identidade.

São inúmeros os efeitos de um ordenamento jurídico retalhado por reformas parciais. A jurisprudência transforma-se em uma rosa dos ventos, apontando nas mais variadas direções. O direito material passa a depender da corrente doutrinária adotada pelo órgão julgador.

As divergências doutrinárias, indispensáveis para qualquer meio acadêmico, não têm de se transformar necessariamente em leis. Devem servir para debate, discussão e muita reflexão, antes de buscarem modificar a legislação.

O diploma processual é uno e sistêmico e é ele que deve nortear os operadores do direito. Hoje, constata-se uma leve tendência à inversão de foco orientador. Não é o Código de Processo Civil que deve moldar-se à *praxis* e aos operadores do direito – mas sim diametralmente o contrário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. LIVROS E PERIÓDICOS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1.

ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela lei n. 10.444, de maio de 2002. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 108, n. 27, p. 105-114, out/dez. 2002.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003. 3 v.

_____. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v.1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. 3 v.

_____. *Instituições do processo civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. 2 v.

_____. *Sistema do direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. 4. v.

_____. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.

CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno: de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 maio de 2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARMONA, Carlos Roberto. *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe*. São Paulo: Atlas, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. 3.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. I.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, et. al. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *A Reforma da Reforma*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Fontes históricas das formas básicas de tutela cautelar. In: *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 4, ano II, p. 158-160, jan/abr. 1997.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003. v. 2.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume VIII, tomo II - Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume VIII, tomo II - Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LACERDA, João Manoel Carneiro. *Código de Processo Civil Brasileiro*. Arts. 675 a 807. São Paulo: Acadêmica, 1941.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de processo civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2008. v. 4.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2003. v. 1.

MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1970. v. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII. Arts. 600 a 706. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *In Doutrinas Plenum*. Plenum, 1998.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Ações Coletivas na CF de 1988. *In* Revista de Processo, n. 61. jan-mar de 1991.

_____. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2001.

PACHECO, José da Silva. *Curso teórico prático do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962. Tomo I.

REIS, José Alberto dos. *A figura do processo cautelar*. Porto Alegre: Ajuris, 1985.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANCHES, Sydney. *Poder Cautelar Geral do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código de Processo Civil Interpretado*. Arts. 675 a 781. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941. v. VIII.

SIDOU, Othon J. M.. *Processo Civil Comparado Histórico e Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1997.

SIMAS, Hugo. *Comentários ao Código de Processo Civil. Arts. 675 a 781*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940. v. VIII.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2004.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 5 ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. I.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 1.

_____. *Curso de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.

_____. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *In Doutrinas Plenum*. Plenum, 1998.

_____. GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Teoría de la acción cautelar*. Sérgio A. Fabris. Editor, 1993.

SHIMURA, Sérgio S. *Arresto Cautelar*. São Paulo: RT, 1993.

SOUZA, Eduardo de Mello e. A crise da crise da ação cautelar inominada. Disponível em: <<http://www.melloesouza.adv.br>>, acesso em 13.10.2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *In: Doutrinas Plenum*. Plenum, 1998.

_____. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 2.

_____. *Processo Cautelar*. 22. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005.

_____. *Tutela jurisdicional de urgência - medidas cautelares e antecipatórias*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

VILLAR, Willard de Castro. *Medidas Cautelares*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

_____. *Ação Cautelar Inominada*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de Processo Civil*. 9. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

_____. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

2. SÍTIOS:

<http://www.presidencia.gov.br/>, acesso em 5.5.2009.

<http://www.stf.jus.br/>, acesso em 4.5.2009.

<http://www.stj.jus.br/>, acesso em 4.5.2009.