

## A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

### THE NEED FOR ADJUSTMENT IN CIVIL PROCEDURAL LAW IN THE CONTEMPORARY SOCIETY AND PROVISIONAL REMEDY IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

**JAQUELINE MIELKE SILVA**

*Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2005), Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (1999), Especialização em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do RS e Graduação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, tendo obtido láurea universitária, e o primeiro lugar dentre os formandos. Professora Pesquisadora da Faculdade Meridional (IMED), Professora Pesquisadora da Faculdade Inedi - Cesuca e Professora em cursos de Especialização em diversas instituições de ensino superior. Professora da Escola da Magistratura Federal - ESMAFE, Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS, Fundação Escola da Magistratura do Trabalho - FEMARGS, Fundação Escola do Ministério Público do RS, Instituto de Desenvolvimento Cultural - Faculdade IDC, Escola Verbo Jurídico. Sócia do escritório Mielke & Lucena Advogados, Possui experiência na área do Direito, especificamente no âmbito do Direito Processual Civil.*

[jaqueline@mielkelucena.com.br](mailto:jaqueline@mielkelucena.com.br)

#### RESUMO

O projeto de Código de Processo Civil introduz uma “nova” tutela provisória, classificada em tutela de urgência e tutela de evidência. Trata-se de tentativa de simplificar o Processo Civil que, ao invés de contribuir para a efetividade processual, certamente aumentará as discussões em torno do novo procedimento, afastando o “foco” da interpretação judicial, que deve ter por objetivo a realização de direitos. Um processo descomprometido com os avanços sociais de nada serve, pois não cumpre a sua função primordial que é a realização de justiça.

**Palavras-chave:** efetividade; processo civil; tutela provisória.

#### ABSTRACT

The bill for the Code of Civil Procedure introduces a “new” provisional remedy, categorized as urgency remedy and evidence remedy. It is an attempt to simplify Civil Procedure which, instead of contributing to procedural effectiveness, will certainly increase the discussions about the new procedure, shifting the “focus” of legal interpretation, which must seek the achievement of rights. A procedure not committed to social advancements is useless, as it does not fulfill its essential duty to achieve justice.

**Keywords:** civil procedure; effectiveness; provisional remedy.

## SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO; 1 A ADEQUAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL À REALIDADE CONTEMPORÂNEA: OS AVANÇOS SOCIAIS E A NECESSIDADE DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA; 1.1. O tempo na sociedade globalizada. 2. A TUTELA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPADA COMO ESPÉCIES DO GÊNERO TUTELA DE URGÊNCIA: DISTINÇÕES ENTRE ESTAS DUAS MODALIDADES DE TUTELA NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DAS CONCEPÇÕES DE OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA E DE PIERO CALAMANDREI; 2.1. A tutela cautelar como forma de tutela preventiva; 2.2. A situação cautelanda como pressuposto da tutela cautelar; 2.3. A temporariedade como característica essencial da tutela cautelar; 2.4. A iminência de dano irreparável; 2.5. A sumariedade da cognição; 2.6. Segurança da execução e execução para segurança; 2.7. Distinções entre tutela cautelar e tutela antecipada; 3. A TÉCNICA PROCESSUAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA ADOTADA PELO DIREITO ITALIANO; 4. A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA CRÍTICA; 4.1. A provisoriedade como característica da tutela antecipada: o equívoco do legislador ao se referir à tutela cautelar como espécie do gênero tutela provisória; 4.2. A comunicação entre o direito processual civil e o mundo da vida: a necessidade de uma tutela antecipada comprometida com as mudanças sociais; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade analisar a tutela provisória na sistemática adotada no NCPC. A abordagem parte das razões e fundamentos que levaram o legislador a introduzir novos procedimentos no âmbito desta espécie de tutela, alterando significativamente a opção legislativa adotada no CPC/73. Esta é a razão pela qual, a análise dos avanços sociais e a consequente necessidade de adaptação do direito processual civil, é tratada em um primeiro momento.

Em um segundo momento serão abordadas as principais concepções clássicas no âmbito da tutela cautelar e da tutela antecipada. Partindo das distinções entre ambas, posteriormente, será realizada a análise da denominada tutela provisória, no âmbito do novo diploma legal.

Ao final, o artigo propõe uma leitura da nova tutela provisória, a partir da Constituição Federal, de modo a que tenhamos uma efetiva realização de direitos.

## 1. A ADEQUAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL À REALIDADE CONTEMPORÂNEA: OS AVANÇOS SOCIAIS E A NECESSIDADE DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA.

### 1.1. O tempo na sociedade globalizada

Um dos acontecimentos da natureza que mais inquieta o homem, sem qualquer dúvida, é o tempo. Na perspectiva filosófica, o tempo é uma categoria abstrata, enquanto na visão dos pragmáticos do mundo contemporâneo, *time is money*. Entretanto, essa noção de tempo está superada, face à globalização, isto é, não há mais tempo do antes e do depois, do passado e do futuro. Nesse novo tempo, tudo é instantâneo; não existe mais a separação nítida entre presente, passado e futuro. O tempo é imediato. Segundo Giacomo MARRAMAO<sup>1</sup>, o tempo do direito fragmentou-se. Segundo o autor,

Com a passagem da constelação protomoderna das relações Estado-sociedade civil a um 'sistema social' caracterizado por uma crescente variabilidade estrutural e 'diferenciação funcional', a contingência do mundo' e a 'seletividade das estruturas' deixam de ser prerrogativas ontológicas latentes para tornarem-se manifestas. Como consequência, tempo e direito não podem mais ser concebidos 'na base de uma continuidade estrutural da 'natureza', ou seja, na base de um passado que não podia ter outras possibilidades.

Do ponto de vista dogmático, o Direito é um mecanismo de controle do passado, de garantia do passado; de um ponto de vista crítico, ele pode ser uma promessa, pode ser algo que aponta para o futuro.

Um dos desafios que se apresenta é pensar o tempo dentro dessa nova forma de sociedade. Segundo François OST<sup>2</sup>, o tempo é uma instituição social, uma construção social. Ele é construído pela sociedade. O Direito tem por função contribuir com a institucionalização do social. Isto quer dizer que o Direito tem que fazer com que aqueles instantes, aquelas possibilidades de construção e de decisão que nós realizamos na sociedade tenham duração, sejam assimiladas, sejam institucionalizadas. Assim, pode-se dizer que o Direito é um

<sup>1</sup>MARRAMAO, Giacomo. Poder e secularização - as categorias do tempo. Traduzido por Guilherme A. G. de Andrade. São Paulo: Unesp, 1995, p. 72.

<sup>2</sup>In: OST, François. O tempo do direito. Traduzido por Maria Fernanda OLIVEIRA. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

dos construtores da sociedade<sup>3</sup>. François OST<sup>4</sup> propõe um detalhamento dos meios dessas questões, dividindo-as em quatro momentos a que o Direito estaria vinculado:

- a). Primeiro momento: memória;
- b). Segundo momento: perdão;
- c). Terceiro momento: promessa;
- d). Quarto momento: questionamento.

No tocante ao primeiro momento, o Direito seria uma memória da sociedade. Neste sentido, o Direito está muito ligado à ideia da tradição. Não existe Direito sem memória, sem passado, sem tradição. Segundo François OST<sup>5</sup>,

No centro de uma temporalidade que pretende ‘ligar o passado’, encontramos necessariamente a tradição, esse elo lançado entre as épocas, essa continuidade viva da transmissão de crenças e de práticas. Mais ainda do que qualquer outra disciplina, o direito é tradição: ele constitui-se por sedimentações sucessivas de soluções, e as próprias novidades que ele produz derivam de forma genealógica de argumentos e de razões dignos de crédito num ou noutro momento do passado.

Já o perdão não significa simplesmente esquecer, mas selecionar o que se deve esquecer. Perdão não significa esquecer-se de tudo. O perdão é realizado por um terceiro, que é o Poder Judiciário. Ter memória é saber lembrar e saber esquecer o que interessa no momento presente, enquanto o perdão é uma seleção do que deve ser esquecido.

A promessa, por sua vez, é uma tentativa de ligar-se com o futuro. Trata-se da tentativa de construção do futuro. O que é, por exemplo, o constitucionalismo? É um conjunto de promessas; é a tentativa de construir uma nova sociedade no futuro. A promessa é extremamente importante no sentido de que ela tem que romper com a tradição de uma maneira sofisticada. Isto nos faz ingressar no quarto aspecto, que é o questionamento.

O questionamento se revela como o momento mais importante da reprodução do tempo no Direito, não significando o rompimento com as promessas, porque, neste caso, estaríamos negando o novo. Ao mesmo tempo, o questionamento também não pode ser um rompimento com a memória, pois, sem memória, sem passado, não temos história e ficaríamos também em um espaço vazio. O questionamento tem que possuir a capacidade de ligar o tempo e o Direito com

<sup>3</sup>In: ROCHA, Leonel Severo. “A construção do tempo pelo direito”, p. 314.

<sup>4</sup>In: OST, François. O tempo do direito, p. 41.

<sup>5</sup>In: OST, François. O tempo do direito, p. 64.

a memória, com o perdão e com a promessa. O Direito, na sociedade globalizada que atualmente vivenciamos, tem que ter no questionamento a capacidade de se institucionalizar rapidamente, porque não temos mais a longa duração que antes tínhamos para criar institutos. É ter a capacidade de uma vez institucionalizados, admitir a desinstitucionalização e novamente uma outra reinstitucionalização. O Direito tem que ter a capacidade de construir, reconstruir e desconstruir o tempo e a si próprio<sup>6</sup>.

O Direito contemporâneo tem que procurar manter essas quatro propostas, inserindo-as numa velocidade maior, como hoje exige a globalização. A função básica do Direito é de criar institutos, institucionalizar determinados valores, mas com a consciência de que, em pouco tempo, esses valores poderão se modificar, por serem efêmeros.

Assim, na sociedade globalizada, as decisões precisam ser tomadas de maneira urgente, mais rápidas, dificultando a ideia do questionamento, que tem que ligar o passado e, ao mesmo tempo, desligá-lo, assim como ligar o futuro e desligá-lo também ao mesmo tempo.

A função do Direito é reduzir a complexidade por meio da construção da sociedade, fornecendo os valores fundamentais para o questionamento. É preciso que se tenha mecanismos efetivos de tomada de decisões para se produzir futuro.

A consequência principal desta relevância temporal ocorre com a abertura do futuro. Como diz Luigi PANNARALE<sup>7</sup>, *“o que não é possível agora, é contudo possível no futuro”*. Ou, como diz Niklas LUHMANN<sup>8</sup>, *“o que acontecerá no futuro torna-se a preocupação central do direito”*.

A assimetria das funções do passado, presente e futuro na diferenciação do sistema jurídico da sociedade moderna impede que se continue a interpretar a passagem do tempo como algo contínuo, como uma sequência de acontecimentos.

Segundo Leonel Severo ROCHA<sup>9</sup>, o grande problema quando não se controla o tempo é que os riscos de ampliação da complexidade aumentam, o que faz com que as decisões judiciais não consigam mais resolver os problemas que se pretende enfrentar, perdendo o controle dos processos de desinstitucionalização e reinstitucionalização da sociedade.

Pelo exposto, observa-se que, na sociedade globalizada, o Direito Processual Civil não pode conviver com procedimentos que demandem longa duração, devendo se adaptar às

<sup>6</sup>Neste sentido: Leonel Severo ROCHA (In: “A construção do tempo pelo direito”, p. 316).

<sup>7</sup> In: PANNARALE, Luigi. *Il diritto e le aspettative*. Bari: Scientifiche Italiane, 60.

<sup>8</sup> In: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*, p. 166.

<sup>9</sup>In: ROCHA, Leonel Severo. “A construção do tempo pelo direito”, p. 319.

condições atuais da sociedade, observando princípios éticos e morais. Este é o principal desafio do Direito Processual Civil contemporâneo. Partindo da linha teórica adotada no Código de Processo Civil de 1973, esta problemática será abordada no presente ensaio, com enfoque na tutela provisória, prevista no Capítulo V, da Parte Geral do novo Código de Processo Civil.

## **2. A TUTELA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPADA COMO ESPÉCIES DO GÊNERO TUTELA DE URGÊNCIA: DISTINÇÕES ENTRE ESTAS DUAS MODALIDADES DE TUTELA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 A PARTIR DAS CONCEPÇÕES DE OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA E DE PIERO CALAMANDREI.**

### **2.1. A tutela cautelar como forma de tutela preventiva**

Embora a doutrina aceite de um modo geral o entendimento de que a tutela cautelar insere-se no gênero tutela preventiva<sup>10</sup>, tal questão tornou-se polêmica, em virtude de certos pontos de vista sustentados por Francesco CARNELUTTI e Piero CALAMANDREI. Não se pode confundir preventividade, que é o gênero, com cautelaridade, que é espécie. Em determinado momento de sua construção doutrinária, ele dividiu os processos cautelares em inibitórios, antecipatórios e restituitórios<sup>11</sup>. Segundo Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA,

[...] esta concepção sugerida por CARNELUTTI contribuiu decisivamente para que outros dois conceitos extremamente polêmicos e ambíguos se inserissem na teoria da ação cautelar, quais sejam o conceito de tutela cautelar restituitória e o de tutela cautelar antecipatória. Esta última, sem dúvida a mais importante e comprometida com determinados pressupostos ideológicos da nossa teoria geral, já fora tratada como cautelar por CALAMANDREI (Introduzione allo Studio Sistematico del Provvedimenti Cautelari, 1936, n. 14). As consequências dessa imprecisão conceitual refletem-se, hoje, de modo extraordinário, particularmente na Itália, onde uma parcela considerável da doutrina defende o ponto de vista de que a essência da tutela cautelar é sua índole de tutela antecipatória.

<sup>10</sup>Na lição de João Batista LOPES (In: Medidas Cautelares Inominadas. Revista dos Tribunais n. 605, p. 14), “*não se pode afirmar que a preventividade constitua característica do processo cautelar, uma vez que esse traço, de certo modo, se faz presente também na ação declaratória, que, à evidência, não é cautelar*”.

<sup>11</sup>In: Derecho y Proceso, § 235.



O autor supracitado (Carnelutti) insere a tutela cautelar no âmbito da tutela de simples segurança, distinguindo-a, todavia, de outras formas jurisdicionais satisfativas, o que não foi feito pela doutrina clássica italiana, que sempre inseriu no âmbito da tutela cautelar também as medidas satisfativas.

A expressão “*cautela*” deriva do verbo “*cavere*”, que significa tomar cautela, acautelar-se, precaver-se. Assim, a tutela cautelar caracteriza-se como uma tutela de simples segurança, no sentido de que sua função principal é a de assegurar direitos, sem jamais satisfazer. No mesmo sentido, o posicionamento de Pontes de MIRANDA<sup>12</sup>, *verbis*:

Além de pretensão à tutela jurídica (*Rechtsschutzanpruch*), à cognição completa (à sentença em sentido estrito) e da pretensão à tutela jurídica à execução - a pretensão à tutela jurídica à segurança, que é ou segurança quanto ao fato ou à segurança de pretensão (*Anspruchssicherung*). A exibição de livro, as vistorias e inquirições *ad perpetuam rei memoriam* são asseguradoras do fato, aí, mais estritamente, da prova; o arresto, o sequestro, a busca e apreensão, asseguradoras da pretensão, talvez só da prestação, o que é comum a todas elas é que não se libera, por elas, o devedor da obrigação, nem se satisfaz o credor. Não se profere decisão que tenha efeitos diretos de liberação ou de satisfação. Só se assegura. Ou se assegura a prova do fato, ou se assegura a pretensão, portanto, à prestação a ser exigida, de futuro. Não se alude à execução forçada. O que importa é a distinção entre “executar” e “assegurar”.

Pelas razões expostas, não há que se falar em antecipação de efeitos em sede de tutela cautelar. Havendo antecipação de efeitos da sentença final já não estaremos mais diante de simples segurança, mas sim de antecipação de tutela com satisfação.

Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA retira do âmbito da tutela cautelar - o que jamais fez a doutrina italiana clássica - as medidas satisfativas, tratando-as como antecipação de efeitos da sentença final.

## 2.2. A situação cautelanda como pressuposto da tutela cautelar

Segundo Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA<sup>13</sup>, um dos elementos a compor o conceito de tutela cautelar é a exigência de que exista uma situação cautelanda, objetivamente identificável com um direito subjetivo, uma pretensão, ou ação, ou mesmo uma eventual exceção da parte que o postula. A inclusão deste pressuposto coloca o doutrinador em

<sup>12</sup>In: Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 293.

<sup>13</sup>In: Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 83.

divergência com a doutrina dominante, que confunde tutela cautelar com tutela do processo e apenas indiretamente e por via reflexa podendo proteger o direito da parte. Segundo ele<sup>14</sup>, *“temos constantemente insistido em que o objeto da proteção cautelar há de ser sempre, primariamente, um direito da parte, ou uma pretensão ou ação, [...]”*.

Assim, para o doutrinador, a função da tutela cautelar é a de proteger o direito da parte - sem jamais satisfazê-lo - e não a de proteger o processo, como afirmava a doutrina clássica. Esta concepção traz diretamente importantes consequências. A primeira delas é a de ser possível desvincular-se a tutela cautelar de um processo principal<sup>15</sup>. Ou seja, se o procedimento cautelar tem por objetivo a proteção do direito da parte não necessariamente ele precisará estar vinculado a um processo principal. Trata-se da autonomia cautelar proposta por Ovídio BAPTISTA DA SILVA. A segunda das consequências desta concepção é de que o provimento cautelar poderá continuar tendo eficácia mesmo após a extinção do processo principal, por uma simples e incontestável razão: se ele protege o direito da parte, ele deverá ter eficácia enquanto persistir a situação de perigo. Ou seja, o procedimento cautelar não é sempre dependente do processo principal, pela simples razão de que ele não tem por função a proteção do processo, mas sim do direito da parte. Por isso, a eficácia do provimento cautelar poderá se conservar mesmo após a extinção do processo principal.

Observa-se, portanto, que Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA, com razão, não concorda com a função meramente instrumental do processo cautelar.

### 2.3. A temporariedade como característica essencial da tutela cautelar

A tutela cautelar é temporária porque deve durar enquanto durar a situação de perigo a que está exposto o interesse tutelado. Ao tratar do tema, afirma Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA<sup>16</sup> que o *“provimento cautelar igualmente deve ser temporário no sentido de que a sentença que o contém jamais poderá adquirir a indiscutibilidade que torna permanente a coisa julgada material”*.

Toda a sentença que contenha algum provimento de natureza preventiva, capaz de acautelar, de algum modo, o direito ou interesse da parte, e que, ao mesmo tempo, contenha eficácia declaratória em tal intensidade que o direito protegido seja declarado existente, com

<sup>14</sup>In: Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 83.

<sup>15</sup>Sem reconhecer-se a existência de cautelares satisfativas, como afirmam os doutrinadores clássicos.

<sup>16</sup>In: Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 78



força de coisa julgada em virtude desse resultado, ultrapassará o limite de simples cautelaridade, para tornar-se tutela satisfativa de uma pretensão existente<sup>17</sup>.

A distinção entre provisoriedade e temporariedade também se revela essencial para Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA. A partir do momento em que concebermos a tutela cautelar como temporária e não provisória, podemos nos livrar da confusão existente no âmbito da doutrina e da jurisprudência entre tutela cautelar e tutela antecipatória<sup>18</sup>.

O exemplo do jurista português Lopes da COSTA<sup>19</sup> é bastante ilustrativo para a compreensão da diferença entre os conceitos de temporário e provisório. Os andaimes em uma construção são temporários e não provisórios. Eles devem permanecer até que o trabalho exterior de construção do prédio seja ultimado. Eles são, porém, definitivos, no sentido de que nada irá substituí-los. Essa temporariedade, no entanto, difere do modo como o desbravador dos sertões se serve da barraca onde acampa, até que possa construir uma habitação definitiva. A barraca, neste caso, desempenha uma função provisória, porque será substituída pela habitação definitiva. Ou seja, o provisório é sempre trocado por um definitivo.

No exemplo de Lopes da Costa, se seguirmos a concepção de Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA de tutela cautelar, o processo cautelar equivalerá aos andaimes, enquanto a construção equivalerá ao direito da parte. Assim como os andaimes permanecerão enquanto durar a construção, a eficácia do provimento cautelar perdurará enquanto durar a situação de perigo. Já a barraca equivalerá à antecipação de tutela na exata medida em que ela antecipa a moradia definitiva. Segundo Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA<sup>20</sup>,

[...] é significativo o emprego do verbo trocar feito por Lopes da Costa, para tornar evidente a identidade intrínseca que deve existir entre o provimento cautelar, tal como o concebeu CALAMANDREI, e o provimento definitivo, já que aquele deverá ser 'trocado' por este. Ora a barraca utilizada pelo desbravador do sertão só poderá ser substituída pela habitação definitiva porque também ela serviu (teve a função) de habitação. O provisório poderá ser substituído pelo definitivo se houver entre ambos, como observou CALAMANDREI, uma identidade entre seus efeitos, de modo que o provisório tenha a mesma natureza do definitivo, pelo qual haverá de ser trocado. Em última análise: se for uma antecipação do definitivo.

<sup>17</sup>Sobre esse tema, vide conceito de coisa julgada de Francisco Cavalcanti Pontes de MIRANDA e Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA.

<sup>18</sup>In: Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 78.

<sup>19</sup>In: Medidas Preventivas, 2ª edição, p. 16.

<sup>20</sup>In: Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 79

A partir do momento em que Piero CALAMANDREI adota a provisoriedade como um dos elementos característicos da tutela cautelar, ele acaba por inserir no âmbito do processo cautelar os provimentos antecipatórios. Ou seja, na concepção deste doutrinador não há que se falar em antecipação de tutela como uma categoria distinta da tutela cautelar. Não é demasiado salientar que a concepção de Piero CALAMANDREI de provisoriedade é a mesma de Ovídio Araújo Baptista e de Lopes da Costa. Ou seja, para ele a ideia de provisório pressupõe a substituição por algo definitivo e, conseqüentemente, antecipação.

A consequência marcante do modelo proposto por Piero CALAMANDREI é que, partindo da ideia de que o procedimento cautelar é provisório, ele reconhece a existência de cautelares satisfativas no sistema. Já Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA, partindo de uma base absolutamente diversa (temporiedade), jamais vai reconhecer que a tutela cautelar possa implicar em satisfação. A tutela cautelar tem por objeto único e exclusivo a segurança de direitos. Se houver satisfação, estaremos diante de uma categoria distinta, que é a tutela antecipada. Ou seja, no âmbito de sua concepção de tutela cautelar, não há que se falar em cautelares satisfativas.

## 2.4. A iminência de dano irreparável

Para Ovídio BAPTISTA DA SILVA<sup>21</sup>, o *periculum in mora* não seria um requisito necessário à concessão da tutela cautelar, mas sim o risco de dano iminente<sup>22</sup>. É a iminência de dano iminente que condiciona os demais pressupostos da tutela cautelar. Segundo ele, o conceito de *periculum in mora* está atrelado a concepções de natureza satisfativa. Ou seja, sempre que houver risco da demora, antecipa-se, e, conseqüentemente, haverá satisfação.

<sup>21</sup>Segundo o autor (In: Curso de Processo Civil, p. 42), “a locução *periculum in mora* não é correta, mas ambígua. Na verdade, a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de proteção imediata, poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse de submeter-se às exigências do procedimento ordinário. O que a tutela cautelar pretende é, efetivamente, se não suprimir, ao menos reduzir, até o limite do possível, os inconvenientes que o tempo exigido para que a jurisdição cumpra sua função poderia causar ao direito necessitado de proteção urgente. [...] Se, no entanto, estivermos a imaginar um remédio contra a demora (*periculum in mora*), provavelmente seremos levados a conceber algum meio de antecipar a proteção jurisdicional, outorgando, desde logo, a tutela que somente seria outorgada no final do procedimento ordinário”.

<sup>22</sup>Pontes de MIRANDA (In: Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 301), ao tratar do tema, leciona: “a urgência só por si não caracteriza as medidas cautelares, pois nada é mais urgente que os preceitos cominatórios [...]. Por isso mesmo, se há *periculum in mora*, iminente, há pedido da caução de dano infecto [...]; o perigo justifica a urgência; o perigo iminente, a cautela.”

Assim, a ideia de *periculum in mora* está muito mais adequada à tutela antecipada do que à tutela cautelar. Ao tratar do tema, refere Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA<sup>23</sup>:

Se acompanharmos, desde o direito medieval, a genealogia do conceito moderno de dano irreparável, veremos que a distinção apenas ensaiada pelos juristas medievais entre esse conceito e outro que lhe era correlato, de *periculum in mora*, se fez no sentido de vincular este último ao conceito de execução provisional, pelo natural desenvolvimento de uma idéia imanente que lá já estava e na distinção que então se fazia entre os casos de *damnum irreparabile emersum sit* e outros casos em que a urgência impunha a aceleração da tutela satisfativa, em virtude daquilo que os juristas indicavam como sendo *periculum in mora*. Vimos amplamente o desenvolvimento dialético por que passou o conceito de *periculum in mora*, até definir-se, modernamente, como pressuposto declarado para a execução provisória, mantendo-se, assim, fiel às suas origens medievais.

Para Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA<sup>24</sup>, seria anacronismo insistir no conceito de *periculum in mora* como pressuposto para a tutela cautelar. Aqueles que ainda perseveram no equívoco, jamais poderão fazer, adequadamente e com a necessária coerência, a distinção entre uma medida cautelar e outras provisões de natureza satisfativa, concedidas como medidas antecipatórias, que correspondam a execuções provisionais urgentes, fundadas no *periculum in mora*.

## 2.5. A sumariedade da cognição

A demanda cautelar é sumária<sup>25</sup> não apenas no ponto de vista material (conhecimento perfunctório das matérias), como também exige forma sumária de procedimento por via do qual ela haverá de se realizar. Obviamente que não se pode pensar uma tutela de simples segurança através de um procedimento ordinário, pois a urgência é uma premissa constante e inarredável de todo o provimento cautelar.

Exigir-se cognição exauriente do magistrado quando ele fosse convocado a prestar tutela cautelar, além de supérfluo e inútil seria incompatível com a urgência que se impõe em tutela cautelar. Essa exigência é que a torna incompatível com o procedimento ordinário.

O juízo de verossimilhança desempenha, em verdade, uma função de relevância mais profunda, relativamente à função cautelar e, de modo geral, com relação a todo o fenômeno

<sup>23</sup>In: Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 73.

<sup>24</sup>In: Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 73

<sup>25</sup>Sobre cognição vide: Kazuo Watanabe. Da Cognição do Processo Civil, 3ª edição, 2005.

jurisdicional. Pode-se dizer que o juízo de mera plausibilidade do direito para cuja proteção se invoca a segurança é não apenas pressuposto, mas igualmente limite desta modalidade especial de atividade jurisdicional. Com efeito, a proteção cautelar não apenas pressupõe a simples aparência do direito a ser tutelado, como exige que ele não apareça ao julgador como uma realidade evidente e indiscutível<sup>26</sup>. Se o direito apresenta-se como uma indispensável evidência, a resposta jurisdicional não deverá mais ser a tutela de simples segurança, e sim alguma forma de tutela definitiva e satisfativa.

Não é demasiado salientar que o tempo é um fator inafastável em qualquer ordenamento jurídico real. As leis do processo poderão reduzir os inconvenientes que o tempo provoca, inevitavelmente, na vida dos direitos, procurando afeiçoá-las às exigências do caso concreto, porém sem jamais suprimir inteiramente o fator temporal. A tutela cautelar é um dos modos de reduzir-se os inconvenientes que o tempo causa no processo.

Segundo Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA<sup>27</sup>,

esta luta constante contra o tempo que não apenas o juiz, mas igualmente, o legislador e o próprio doutrinador de processo desenvolvem buscando reduzir sua influência, de modo que haja sempre a maior aderência possível entre as estruturas e as exigências de cada espécie de direito e o correspondente instrumento processual criado para dar-lhe efetiva vigência prática, este anseio pela efetividade dos direitos subjetivos reconhecidos pela ordem jurídica, é que tem determinado o descomunal crescimento não só da tutela cautelar, mas das outras formas de tutela sumária não cautelares. A civilização moderna pós-industrial, marcada pela pressa, pelas mudanças vertiginosas, que funciona preponderantemente com base na aparência determinada pela inevitável superficialidade de nossos contatos sociais, é a causa determinante desse fenômeno, que se avoluma na mesma proporção em que se exacerba a inadequação do procedimento ordinário, como resposta jurisdicional capaz de atender às exigências impostas pela consciência jurídica contemporânea.

Assim, não seria correto supor que todas as modalidades imaginadas pela ciência para superar a morosidade natural do processo possam ser reunidas apenas numa espécie e identificadas como tutela cautelar.

A doutrina europeia contemporânea tem procurado distinguir no campo genérico o que convencionou se chamar tutela urgente, os provimentos cautelares e os provimentos - interinais ou até mesmo finais e definitivos - não cautelares.

<sup>26</sup>In: Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 70

<sup>27</sup>In: Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 71.

Federico Carpi<sup>28</sup> chama a atenção para o crescimento da tutela de urgência, procurando estabelecer a separação conceitual entre os provimentos cautelares e os demais provimentos igualmente tomados sob o signo da urgência mas que não se confundem com os primeiros.

É correto afirmar que a tutela cautelar, em razão da urgência, sustenta-se necessariamente em simples juízo de verossimilhança, traduzido em cognição sumária. Todavia, nem todas as modalidades de cognição sumária serão necessariamente cautelares.

## 2.6. Segurança da execução e execução para segurança

A tutela cautelar tem por objetivo assegurar a realização de direitos, o que implica em afirmar-se a existência da segurança de uma execução. Em contrapartida, a tutela antecipada implica a execução para segurança, na exata medida em que há a antecipação de efeitos, com satisfação, de modo a evitar-se o perecimento de direitos. Segundo Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA<sup>29</sup>, para

[...] compreender melhor a natureza da tutela de simples segurança (cautelar, é necessário distingui-la das formas de execução provisória, segundo produza a atividade jurisdicional como resultado de uma simples “segurança-da-execução” ou, ao contrário, seu resultado seja uma “execução-para-segurança”. Quem executa para segurança antes de mais nada executa, ao contrário de quem apenas assegura uma futura execução. Quem, ante uma situação de urgência que faça periclitar a incolumidade do direito, desde logo, o realiza, obtendo do juiz antecipadamente o mesmo resultado que somente a sentença final lhe poderia dar, se a demanda fosse procedente, não se teria limitado a obter segurança do direito litigioso, mas sua satisfação imediata, embora provisória e sujeita ser confirmada pela sentença final.<sup>30</sup>

<sup>28</sup>“Non per niente il carattere sommario della cognizione è un dato comune, ma non unificante a causa della diversità di disciplina e dieffetti. Per questoritengo necessário effettuare una tripartizioni che permetta di avvicinarci meglio al tema a seconda che trattidi tutela di urgente satisfativa autonoma, satisfativa interinale, cautelare vera e propria” (La Tutela d’urgenza, Atti del XVº Convegno Nazionale, Bari, 1985, p. 56). Do mesmo autor: “Non sfuggono le diversità che intercorrono tra i provvedimenti menzionati, i qualiperà, oltre as essere applicazioni della c.d. técnica dell’anticipazione, mettono in luceun aspetto di politica legislativa, a mio avviso assai interessante, e cioè mostrano che le riforme più significative sul piano processuale di questi ultimi tempi hanno privilegiato forme di tutela interinale, rispetto all’acertamento definitivo del diritto, in altre parole, è chiaro che si è ritenuto di sacrifica rela ponderatezza della decisione com coscienza che la rapidità è un elemento essenziale pell’attuazione della tutela giurisdizionale, nella dimensione garantistica dell’art. 24 cost., pensando, non a torto, che troppo spesso lo strumento processuale ordinario se rivela inadeguato” (Provvedimenti Interinali di Condanna, Escutorietà e Tutela delle Parti, in Rivista Trimestrale di Diritto e ProceduraCivile, 1977, p. 619).

<sup>29</sup>In: Curso de Processo Civil, p. 43.

<sup>30</sup>Pontes de MIRANDA (In: Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 295), ao tratar do tema, refere que “na principiologia das medidas cautelares ou preventivas fora da lide, o que importa é a pretensão à segurança, segundo a síntese que superou dois princípios (tese e

## 2.7. Distinções entre tutela cautelar e tutela antecipada<sup>31</sup>

A partir da teoria de Ovídio BAPTISTA DA SILVA, pode-se traçar algumas distinções elementares entre tutela cautelar e tutela antecipada, consoante o seguinte quadro sinótico:

Tutela cautelar	Tutela antecipada
Autonomia procedimento;	Não há que se falar em autonomia procedimental;
Assegura direitos sem jamais satisfazer;	Antecipa efeitos da sentença final, satisfazendo o direito da parte;
Temporariedade;	Provisoriedade;
Segurança da execução;	Execução para segurança;
Risco de dano iminente.	Perigo da demora.

De acordo com a teoria, observa-se que tutela antecipada e tutela cautelar são modalidades de tutela de urgência que não se confundem, contrariamente ao posicionamento de Piero CALAMANDREI, que inclui as medidas satisfativas no âmbito da tutela cautelar.

Todavia, não poderíamos deixar de mencionar, contrastando os institutos, a importante observação de Teori Albino ZAVASCKI<sup>32</sup> no sentido de que as medidas cautelares e as

*antítese): o de que só se executa ou só se restringe poder de outrem, depois da cognição (princípio da inexecutabilidade antes de completa cognição); o de que os direitos devem ser protegidos antes e depois de violados, isto é, o princípio da tutela preventiva, que o vulgo exprime no provérbio não jurídico ‘mais vale prevenir que remediar’. A síntese compõe a pretensão à tutela jurídica preventiva, nos casos de perigo da demora (art. 675). A segurança basta-se a si mesma, se é conteúdo de ação”.*

<sup>31</sup>Luiz Guilherme MARINONI e Daniel Francisco MITIDIERO (In: Código de Processo Civil - Comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 738), ao tratarem do tema, lecionam: “A tutela cautelar destina-se a assegurar uma situação jurídica ou a efetividade da tutela do direito material. É caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade. A tutela cautelar é instrumento da tutela satisfativa, na medida em que objetiva garantir a sua frutuosidade. Sempre se refere a uma tutela satisfativa do direito. A tutela antecipatória, de outra parte, é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização - e não a sua segurança - mediante cognição sumária ou juízo de verossimilhança. A tutela antecipatória, de lado hipóteses excepcionais, tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança. A tutela antecipatória é a tutela final fundada em cognição sumária. A tutela antecipatória não é instrumento de outra tutela. A tutela antecipatória satisfaz o demandante, dando-lhe o que almejou ao propor a demanda. O autor não quer outra tutela além daquela obtida antecipadamente, diversamente do que sucede quando pede tutela cautelar, sempre destinada a dar efetividade a uma tutela jurisdicional do direito. A tutela antecipatória também não aponta para uma situação substancial diversa daquela tutelada, ao contrário da tutela cautelar, que necessariamente faz referência a uma situação tutelável ou a outra tutela do direito material”.



antecipatórias identificam-se por desempenhar função constitucional semelhante, qual seja, a de propiciar condições para a sobrevivência harmônica dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição, mas sujeitam-se a regimes processual e procedimental diversos.

Paulo Afonso Brum VAZ<sup>33</sup>, citando CONIGLIO, complementa afirmando que

[...] ambos os institutos têm assento constitucional no princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV), de cujo enunciado brota o direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional, e revelam conformação de relevante interesse público, na medida em que deve o Estado - detentor do monopólio da jurisdição - envidar todo o esforço para proporcionar aos jurisdicionados a concretude deste direito, concebendo instrumentos processuais necessários.

Feitas estas breves, mas necessárias considerações sobre a tutela de urgência no âmbito do CPC/73, passa-se a algumas considerações sobre a técnica processual de antecipação de tutela adotada pelo Direito Italiano.

### 3. A TÉCNICA PROCESSUAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA ADOTADA PELO DIREITO ITALIANO<sup>34</sup>

A reforma ocorrida no Direito Processual Civil italiano, no ano de 2005, abandonou o padrão acessório que tradicionalmente caracterizava<sup>35</sup> a tutela de urgência<sup>36</sup>, para adotar um

<sup>32</sup>In: Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas Diferentes. Função Constitucional Semelhante. Revista de Processo n. 82. Ed. Revista dos Tribunais, p. 68.

<sup>33</sup>In: Revista do Tribunal Regional Federal - 4ª Região. Porto Alegre, a. 17, n. 62, p. 45-6, 2.006

<sup>34</sup>Sobre o tema, vide também: Elena MARINUCCI (In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, jan.-fev. 2007. La Stabilità dei Provvedimenti Cautelari in Materia di Proprietà Intellettuale ed Industriale alla Luce del D.LGS N. 140/2006); Hildegard MASSARI (In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, abr. - junh. 1996. La stabilità del Provvedimento Cautelar en el Processo Civile Tedesco); Ulisse COREA (In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, out-dez 2006. Autonomia Funzionale della Tutela Cautelare Anticipatoria); Clarice Delle DONNE (In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, mar. 2006. Il difficile cammino della parità delle armi e dell'effettività della tutela nel processo cautelare: il caso dei provvedimenti di ripristino); Maria Francesca GHIRGA (In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Jul-Set. 2005. Le nuove norme sui provvedimenti cautelari); Dino BUONCRISTIANI (In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Jun. 2006. Sistema dei referes: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senzapré-giudizio); Sergio MENCHINI (In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Jun-Set. 2006. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessita dell'acertamento com autorità di giudicato).

<sup>35</sup>Neste sentido, o sistema italiano, que adotou a "instrumentalidade atenuada" nas medidas cautelares, não fazendo distinção entre as mesmas e os provimentos antecipatórios. Ao abordar a tutela de urgência no

Direito italiano, refere Alberto José Lafuente TORRALBA (In: Revista de Processo n. 156, p. 78): “El art. 669-octies del Codice di Procedura Civile (en adelante, CPC), incluido entre las normas generales de los procedimientos cautelares, establece en su párrafo 1º que, en caso de la tutela cautelar ante causam - es decir, la concedida antes del comienzo del proceso -, el juez debe fijar un término perentorio no superior a sessenta días para el inicio del juicio de fondo. Si no se le da comienzo tempestivamente, en tal caso la medida adoptada pierde su eficacia, y lo mismo sucederá si el proceso principal se extingue una vez entablado (art. 669-novies, párrafo 1º). Estas reglas responden el clásico principio de instrumentalidad de las medidas cautelares, que ligan su suerte a la del proceso declarativo cuyo resultado tienden a asegurar. El proceso de cognición marca el horizonte de la tutela cautelar; mas allá de sus límites, la medida no puede subsistir, está condenada a una muerte segura. Las cautelas se encuentran a servicio del proceso principal, están pensadas en función de ese proceso, precisamente para evitar que la sentencia que lo culmine se convierta en una declaración retórica, vacía de contenido, sin posible proyección en la realidad. Por ello, la incoación y desarrollo del juicio de fondo es condición necesaria para la vigencia de la medida; sin dicho juicio, las medidas cautelares no tienen razón de ser. No obstante, en los últimos años se ha venido produciendo en Italia una revisión de estos plantamientos, bajo la presión insoslayable de una administración de justicia cada vez más desbordada y de la creciente dilatación de los procesos. Esta apremiante coyuntura ha impulsado una nueva evolución de la tutela cautelar, tan radical que conmueve los mismos principios que la inspiran. En efecto, se ha buscado en las medidas cautelares un revulsivo para aliviar el atasco de los tribunales y agilizar la actividad jurisdiccional: han dejado de ser meros instrumentos del proceso declarativo, para emanciparse de él y convertirse en una alternativa al mismo, más rápida y de resultados más inmediatos”. A idéia de instrumentalidade das medidas urgentes foi atenuada no âmbito do processo societário, através do Decreto Lei 5, de 17.01.2003. E, pouco depois, generalizada para todo o processo civil através do chamado “Decreto competitività” (D.L. 35 de 2005), convertido na Lei 80 de 14.05.2005. Conforme refere Alberto José Lafuente TORRALBA (In: Ob. cit., p. 80), comentando esas alterações legislativas, “en su nueva redacción, el art. 669-octies, párrafo 6º, libera el nexo de instrumentalidad a las ‘medidas de urgencia emitidas conforme al art. 700 y las otras medidas cautelares idóneas para anticipar los efectos de la sentencia de fondo, previstas por el código civil u otras leyes especiales, así como las medidas emitidas como consecuencia de denuncia de obra nueva o dano temido conforme al art. 688. Estas medidas cautelares anticipatorias - es decir, que no se limitan a conservar la situación existente en el momento de plantearse el litigio, sino que adelantan la eficacia de la sentencia - pueden adquirir una vida autónoma: pueden resolver, en el momento y por el momento, el conflicto entre las partes, sin precisar de una ulterior actividad de cognición. Cuando se conceda este tipo de cautela, el juez ya no deberá fijar término alguno para el inicio del juicio de fondo: la medida puede prolongar su eficacia indefinidamente, sin necesidad de promover y mantener con vida un proceso declarativo. De este modo, las medidas cautelares anticipatorias, dentro del sistema italiano, se configuran no solo como medios instrumentales respecto de la tutela declarativa, sino que, al mismo tiempo, cuando concurren las condiciones necesarias y las partes presten su aquiescencia, pueden sustituir a la sentencia y cumplir una función equivalente a ella. Una vez adoptada la medida cautelar, cada parte deberá realizar sus propias valoraciones y decidir si le interesa o no, iniciar un proceso declarativo, con los gastos de energía, tiempo y dinero que este comporta. En particular, el beneficiario de la medida apreciará si le conviene darse por satisfecho con el resultado obtenido en vía cautelar y renunciar a la verificación plena de su derecho mediante una sentencia con fuerza de cosa juzgada. Y la parte vencida apreciará si le interesa arriesgarse a entablar un juicio y esforzarse por desvirtuar las valoraciones sumarias hechas por el juez al conceder la cautelar”.

<sup>36</sup>Sérgio CHIARLONI (In: Rivista di Diritto Processuale, 1991, p. 672-673. “Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del proceso civile”), critica a legislação que introduziu o procedimento cautelar uniforme no Código de Processo Civil italiano, pois não distingue os provimentos cautelares dos provimentos antecipatórios. Alberto José Lafuente TORRALBA (Ob. cit., p. 78), ao comentar o posicionamento de CHIARLONI, refere: “El autor consideraba un error que dicha reforma hubiera sometido a las mismas reglas todas las cautelas, sin distinguir entre medidas conservativas, cuya relación de instrumentalidad con el proceso de cognición descende ‘de la naturaleza de las cosas’, y las denominadas anticipatorias, en las que el nexo de instrumentalidad no es más que el resultado de una elección de política legislativa. A juicio del

sistema similar ao do *référé* francês<sup>37</sup>, onde prevalece a autonomia e a sumariedade das ações cautelares satisfativas<sup>38</sup>.

Embora qualificando-as como modalidade do poder geral de cautela, o direito italiano retira das medidas antecipatórias o papel de instrumentalizar ou preparar ulterior prestação definitiva em processo principal<sup>39</sup>. Trata-se, evidentemente, de um caminho bastante diferente daquele trilhado no Código brasileiro, onde tutela cautelar e tutela antecipada são traçadas como fenômenos distintos, sendo submetidos, por essa razão, a regimes processuais diversos. Para o Código Italiano, a antecipação de tutela surge como ampliação do poder geral de cautela, continuando sob o rótulo de medida cautelar, mas com papel distinto a cumprir no âmbito da jurisdição<sup>40</sup>.

---

*autor, se había perdido una buena ocasión para separar la disciplina de ambos tipos de cautelas, en el sentido de ‘disolver en nudo de correlación necesaria entre medida anticipatoria y juicio de fondo’, de modo que la no incoación de este no fuera sancionada con la ineficácia da medida.”*

<sup>37</sup>Enquanto o direito italiano se esforçava para incluir no poder geral de cautela a possibilidade de medidas de caráter satisfativo, o direito francês aperfeiçoava seu antigo instituto do *référé* para acelerar a prestação jurisdicional (NCPC francês, arts. 808 a 810; 848 a 850; 872 e 873). Atuava, portanto, no campo da sumarização do procedimento cognitivo (e não da cautelaridade), para realizar a tutela de urgência satisfativa. Uma das características básicas que torna o instituto processual francês do *référé* é sua autonomia frente ao processo principal. Ao contrário da nossa ação cautelar que está sempre subordinada ao processo principal, não passando de um acessório, cujo destino fica sempre vinculado ao acerto ao ser feito obrigatoriamente em outro processo, no direito francês o procedimento do *référé* é completamente autônomo em relação ao processo de fundo. A tutela de urgência na França ocorre em processo cognitivo sumário, provisório, mas que não depende de posterior processo principal para confirmação do procedimento emergencial. Em síntese: O procedimento do *référé*, no processo civil francês, cumpre o papel da tutela de urgência permitindo a adoção rápida de equacionamento para questões de mérito, tal como acontece na antecipação de tutela no direito brasileiro. Não o faz, entretanto, em incidente do processo de conhecimento, nem em ação cautelar preparatória de futura ação principal. Instaura-se, simplesmente, um processo autônomo e sumário, cuja decisão pode ser, ou não, seguida de revisão em processo definitivo. Sobre o tema, vide: Jacques VUITTON e Xavier VUITTON. (In: *Lés Referes*. Paris: Litec, 2003, n. 1.054 a 1.057, p. 204) Também: Humberto THEODORO JÚNIOR. (In: *Revista de Processo* n. 157, p. 136. Tutela antecipada. Evolução Comparatista. Direito brasileiro e direito europeu).

<sup>38</sup>Sobre o tema, vide Humberto THEODORO JÚNIOR. *Revista de Processo* n. 157, p. 143 e ss. Tutela antecipada. Evolução Comparatista. Direito brasileiro e direito europeu.

<sup>39</sup>Para Giuseppe TARZIA (In: *Il processo cautelare*. 2 ed. . Padova: Cedam, 2004, p. 227), os pontos importantes da reforma são: “[...] viene escluso l’ onere di iniziare il provvedimenti d’urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di mérito; b) conseguentemente è stabilito chel’eventuale estinzione del processo di mérito non determina l’inefficacia della misura cautelare già concessa [...] e) è espressamente specificato che ‘in nessun caso l’ autorità del provvedimento cautelare è invocabile in un diverso processo”.

<sup>40</sup>Segundo Leo QUERZOLA (In: *Rivista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile*. Tutela cautelare e dintorni: contributo allá nozione di ‘provvedimento anticipatorio’. Set. 2006, p. 795), “per la dottrina maggioritaria, la riformarsi guarderebbe i provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della decisione di mérito; non si estenderebbe dunque automaticamente a tutti i provvedimenti ex art. 700 c.p.c. (quest’ ultima norma si applicherebbe onde ‘assicurare’ gli effetti della decisione di mérito, il che è concetto diverso da ‘anticipare’.”

A tutela antecipada perde na Itália a principal característica das medidas genuinamente cautelares: deixa de ser um instrumento vinculado à garantia de eficiência do processo principal; deixa de ser um acessório de outro processo, para buscar, a própria ação cautelar, uma completa definição do conflito jurídico (litígio). O que a distingue da ação ordinária é apenas a sumariedade do acerto e a rapidez com que se alcança o provimento a tutelar. Afasta-se, portanto, do regime clássico da tutela cautelar típica para enveredar por um procedimento autônomo, que, posto se desenvolva plenamente em contraditório, se apresenta como célere e sumário, não produzindo coisa julgada.

Nos termos do novo art. 669-*octies*, do Código de Processo Civil italiano, não mais se assinala um prazo equivalente para que a ação principal seja proposta, em seguida ao deferimento de medida cautelar satisfativa, de antecipação de efeitos de sentença de mérito. A falta de sua propositura não conduz mais à ineficácia do provimento.

Ao invés de preparar o futuro provimento de outro processo, a ação cautelar antecipatória, por não produzir *res iudicata* material, não gera preclusão em torno de seu provimento, nem adquire autoridade de coisa julgada. Em razão dessa circunstância, a instauração de um futuro processo ordinário, de cognição plena, não fica prejudicada, se alguma das partes entender de buscar novo pronunciamento judicial sobre o mesmo litígio.

Segundo Franco CIPRIANI<sup>41</sup>, os provimentos cautelares antecipatórios acabaram por ser cautelares apenas no modo de dizer. Isto porque, doravante, no direito italiano, mostram-se claramente distintos dos provimentos cautelares. Em contrapartida, Girolamo MONTELEONE<sup>42</sup> sustenta que na atual perspectiva, as medidas antecipatórias no Código Italiano “*deriva una conseguenza della massima importanza, vale a dire che le misure anticipatorie costituiscono una forma generalizzata, rapida e sommariadi tutela giurisdizionale dei diritti che si pone accanto ed in alternativa all’ordinario processo dicognizione*”.

#### 4. A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

<sup>41</sup> In: Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie. Il giusto processo civile. Bari, n. 1/2006, p. 26-27

<sup>42</sup> In: Manuale di Diritto Processuale Civile. 4 ed. Padova: Cedam, 2007, Vol. 2, p. 357

#### 4.1. A provisoriedade como característica da tutela provisória: o equívoco do legislador ao se referir à tutela cautelar como espécie do gênero tutela provisória.

O NCPC continua com inúmeros equívocos, tal como as versões anteriores, relativamente ao que denominamos, na sistemática do CPC/73, de tutela de urgência. A principal das incongruências diz respeito ao título do Livro V da Parte Geral, denominado de “Tutela Provisória”. O artigo 294 do novo diploma legal coloca como espécie do gênero tutela provisória a tutela de urgência e de evidência. O parágrafo único do mesmo dispositivo legal, refere ainda serem espécies do gênero tutela provisória, tanto a tutela antecipada quanto a tutela cautelar. Do modo como foi sistematizado, o novo texto adota como característica tanto da tutela cautelar quanto da antecipada, e também da tutela de evidência, a provisoriedade, o que é um grande equívoco, consoante a seguir demonstrar-se-á.

Ovídio BAPTISTA DA SILVA há mais de três décadas<sup>43</sup> demonstrou com precisão que a característica da provisoriedade diz respeito apenas à tutela antecipada e não à tutela cautelar, na exata medida em que o “provisório” pressupõe a substituição por algo definitivo<sup>44</sup>. Assim, inexoravelmente, o provisório sempre implicará na antecipação do que se espera que ocorra definitivamente algum dia. Como na tutela cautelar não há antecipação dos efeitos da sentença final, mas mera preservação de direitos, não há que se falar em provisoriedade, mas sim em temporariedade. A tutela cautelar é temporária porque deve durar enquanto durar a situação de perigo a que está exposto o interesse tutelado. Ao tratar do tema, afirma Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA<sup>45</sup> que o “*provimento cautelar igualmente deve ser temporário no sentido de que a sentença que o contém jamais poderá adquirir a indiscutibilidade que torna permanente a coisa julgada material*”.

<sup>43</sup>In: Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 78.

<sup>44</sup>Neste sentido, o posicionamento de Pontes de MIRANDA (In: Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 301), verbis: “*Medidas provisórias: seriam, pois, provimentos jurisdicionais limitados no tempo, provimentos que não são, de uma vez por todas, interinos, como também são chamados. Alude-se a algo de definitivo que ainda não ocorreu; porque limitada no tempo também é a condenação a pagamento de alugueres futuros até o ano tal, ou a eficácia das sentenças [...]. A provisoriedade, como qualidade de estar a ação assegurativa em relação com outra, não poderia bastar à definição das medidas de segurança porque em todo adiantamento de cognição (declaração, condenação, constituição) ou de execução há provisoriedade [...] e não há medida de segurança. Em certas ações executivas, esse caráter de cognição provisória é elemento mesmo de subclassificação [...]*”.

<sup>45</sup>In: Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 78



O exemplo do jurista português Lopes da COSTA<sup>46</sup> é bastante ilustrativo para a compreensão da diferença entre os conceitos de temporário e provisório. Os andaimes em uma construção são temporários e não provisórios, pois, devem permanecer até que o trabalho exterior de construção do prédio seja ultimado. Eles são, porém, definitivos, no sentido de que nada irá substituí-los. Essa temporariedade, no entanto, difere do modo como o desbravador dos sertões se serve da barraca onde acampa, até que possa construir uma habitação definitiva. A barraca, neste caso, desempenha uma função provisória, porque será substituída pela habitação definitiva. Ou seja, o provisório é sempre trocado por um definitivo. Em contrapartida, o temporário não pressupõe a substituição pelo definitivo e, conseqüentemente, não contém intrinsecamente a ideia de antecipação.

No exemplo de Lopes da Costa, se seguirmos a concepção de Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA de tutela cautelar, o processo cautelar equivalerá aos andaimes, enquanto a construção equivalerá ao direito da parte. Assim como os andaimes permanecerão enquanto durar a construção, a eficácia do provimento cautelar perdurará enquanto durar a situação de perigo. Já a barraca equivalerá à antecipação de tutela na exata medida em que ela antecipa a moradia definitiva. Segundo Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA<sup>47</sup>,

[...] é significativo o emprego do verbo trocar feito por Lopes da Costa, para tornar evidente a identidade intrínseca que deve existir entre o provimento cautelar, tal como o concebeu CALAMANDREI, e o provimento definitivo, já que aquele deverá ser 'trocado' por este. Ora a barraca utilizada pelo desbravador do sertão só poderá ser substituída pela habitação definitiva porque também ela serviu (teve a função) de habitação. O provisório poderá ser substituído pelo definitivo se houver entre ambos, como observou CALAMANDREI, uma identidade entre seus efeitos, de modo que o provisório tenha a mesma natureza do definitivo, pelo qual haverá de ser trocado. Em última análise: se for uma antecipação do definitivo.

Na verdade, quando o legislador reformador adotou a característica da provisoriedade tanto para a tutela cautelar quanto para a tutela antecipada - tal como já fez na sistemática do Código de Processo Civil de 1973 -, mais uma vez inspirou-se na concepção do jurista italiano Piero CALAMANDREI. A presença deste autor sempre esteve muito forte no cenário jurídico processual brasileiro, e sua influência marcante continua presente no novo Código de Processo Civil.

<sup>46</sup>In: Medidas Preventivas, 2ª edição, p. 16.

<sup>47</sup>In: Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 79



Piero CALAMANDREI, ao adotar a provisoriedade como um dos elementos característicos da tutela cautelar, acaba por inserir no âmbito do processo cautelar os provimentos satisfativos. Não é demasiado salientar que a concepção de Piero CALAMANDREI de provisoriedade é a mesma de Ovídio BAPTISTA DA SILVA e de Lopes da Costa. Ou seja, para ele a ideia de provisório pressupõe a substituição por algo definitivo e, conseqüentemente, antecipação (satisfação).

A consequência marcante do modelo proposto por Piero CALAMANDREI é que, partindo da ideia de que a tutela cautelar é provisória, ele reconhece a existência de cautelares satisfativas no sistema. Já Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA, partindo de uma base absolutamente diversa (temporiedade), jamais vai reconhecer que a tutela cautelar possa implicar em satisfação. A tutela cautelar tem por objeto único e exclusivo a segurança de direitos. Se houver satisfação, estaremos diante de uma categoria distinta, que é a tutela antecipada. Ou seja, no âmbito de sua concepção de tutela cautelar, não há que se falar em cautelares satisfativas.

Certamente, à luz do novo Código de Processo Civil, permanecerá a discussão sobre a existência ou não em nosso sistema jurídico das chamadas cautelares satisfativas, justamente em razão do equívoco no título do Livro V da Parte Geral.

A partir do exposto, entende-se que o legislador teria sido muito mais coerente se tivesse dado como título “Tutela de urgência e tutela de evidência”, colocando como espécies da tutela de urgência a tutela cautelar e a tutela antecipada. Jamais deveria ter dado como título do livro “*Tutela Provisória*” pelas razões acima elencadas.

## **4.2. A comunicação entre o direito processual civil e o mundo da vida: a necessidade de uma tutela provisória comprometida com as mudanças sociais**

O Direito Processual Civil moderno deve ser o resultado da prática da vida cotidiana. Portanto, todas as alterações no âmbito da tutela cautelar e da tutela antecipada não poderão ser, de forma alguma, um entrave na efetivação de direitos. De nada adianta o Processo, se ele não é capaz de solucionar os impasses do cotidiano humano. Neste sentido, a procedimentalização é fundamental para o desenvolvimento da própria sociedade. Todavia, ela

apenas tem razão de existir se o seu sentido for a pacificação social. J. J. CALMON DE PASSOS<sup>48</sup>, ao tratar do tema, refere:

O processo de produção do Direito, por conseguinte, é sempre dependente da realidade social que busca ordenar e a ela funcionalmente se vincula, objetivando emprestar-lhe segurança, mediante a predeterminação e institucionalização de modelos ou esquemas de solução de conflitos coercitivamente aplicáveis aos casos concretos.

Somente se pode falar em uma pacificação social, se tivermos um Direito Processual Civil adequado à realidade moderna, e não a outros momentos históricos. Ao tratar do tema, refere Luigi Paolo COMOGLIO<sup>49</sup>,

*[...] quest'ultima imponedi considerare come dovuto (e cioè: come due, debido o dovuto) non già qualunque processo che si limite ad essere estrinsecamente fair (vale a dire: corretto, leale o regolare, sul piano formale, secondo la law of the land), bensì un processo che sia intrinsecamente equo e giusto, secondo i parametri etico-morali accetatti dal comune sentimento degli uomini liberi di qualsiasi epoca e paese, in quanto si riveli capace di realizzare una giustizia veramente imparziale, fondata sulla natura e sulla ragione. Da qui traggono origine le postulazioni teoriche, ormai quase dovunque condivise, per La promulgazione e l'adozione di solenni atti legislativi (nazionali od internazionali) Che riconoscano a tutti gli individui, in termini effettivi e senza irrazionali discriminazioni, Il diritto fondamentale ad un processo equo e giusto, quale núcleo essenziale del più ampio diritto ad um ordinamento giuridico giusto.*

O autor ressalta a importância dos aspectos éticos, bem como da justiça do procedimento. Interpretar e aplicar o Direito obriga sempre a um balanceamento entre o geral e o singular, entre o texto passado da norma e a exigência presente da justiça<sup>50</sup>. Atender ao chamado da justiça exige a recriação da norma contida no texto legal, não somente no sentido de que toda leitura/interpretação jurídica deve atender à singularidade de cada caso. Neste

<sup>48</sup>In: PASSOS, J. J. Calmon de. Direito, Poder, Justiça e Processo - Julgando os que nos julgam, p. 93.

<sup>49</sup>In: COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del 'giusto processo' (modelli a confronto). Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano, v. 52, n. 3, p. 887-938, set. 1998, p. 899.

<sup>50</sup>Segundo Jürgen HABERMAS (In: Comentários à Ética do Discurso, p. 19), "em sentido moderno, a justiça diz respeito à liberdade subjectiva de indivíduos inalienáveis; em contrapartida, a solidariedade prende-se com o bem-estar das partes irmanadas numa forma de vida partilhada intersubjectivamente. Frankena fala do principle of justice, o princípio do igual tratamento, e do principle of benevolence, que nos obriga a fomentar o bem-estar geral. A ética do discurso explica por que razão estes dois princípios remontam à mesma raiz da moral - nomeadamente à vulnerabilidade, carente de compensação, revelada pelos seres vivos, que só se particularizam em indivíduos por acção da socialização, de modo que a moral, ao defender os direitos do indivíduos, é obrigada a defender igualmente o bem-estar da comunidade a que o mesmo pertence".

sentido, uma prática interpretativa que adote os princípios morais e éticos pode ajudar a superar a indeterminação dos enunciados jurídicos. Não se trata de interpretação dirigida a uma resposta certa<sup>51</sup>, mas comprometida com a realização de direitos fundamentais, busca da justiça e o caráter aberto, intangível desta. Os princípios morais e éticos não funcionariam com sentido único e decisivo, mas apenas como orientação à atividade do julgador.

É preciso que seja estabelecida esta atividade dialógica entre o Direito Processual Civil e o mundo da vida real, implementando-se instrumentos diferenciados, capazes de torná-lo mais ágil e efetivo. Ao tratar do tema, refere Nicolò TROCKER<sup>52</sup>:

Ligado ao contraste entre o garantismo formal que abre abstratamente os mecanismos processuais a quem quer que pretenda recorrer ao juiz para a defesa das próprias razões, e a realidade dos nossos sistemas processuais - que com a sua complexidade e custos criam obstáculos severos à realização do direito -, o problema de acesso à justiça manifesta-se antes de mais nada como problema de acesso aos instrumentos de tutela jurisdicional. E como tal, este solicita encontrar uma sua primeira resposta no compromisso de instituir adequados instrumentos capazes de atenuar os obstáculos de caráter econômico - o custo dos litígios - que condicionam a possibilidade de perseguir o reconhecimento judicial dos direitos. Hoje, este compromisso assume também uma severidade particular perante o reconhecimento constitucional das garantias ligadas ao princípio do 'processo justo'.

No Direito brasileiro, temos experimentado diversas tentativas de “modernização” do Processo Civil. Todavia, elas são incapazes de produzir uma transformação significativa em nossa experiência judiciária, por uma simples e incontestável razão: continuamos legislando baseados no paradigma da modernidade. Sem uma mudança de paradigma, continuaremos a ter

<sup>51</sup> Segundo Juan Carlos ARROYO (La teoría discursiva del derecho - sistema jurídico y democracia en Habermas, p. 76), “en particular, en relación con el mundo del derecho, este universalismo normativo especialmente atento al contexto de acción implicaría entender (...) la aplicación del derecho como una cuestión pragmática, forzosamente contingente, que no tiene a priori una respuesta fija, pues siempre han de tenerse en cuenta las circunstancias, tendencias, probabilidades y posibilidades cambiantes de cada caso práctico”.

<sup>52</sup> “Legato al contrasto tra il garantismo formale che apre astrattamente i meccanismi processuali a chiunque intenda far ricorso al giudice per la difesa delle proprie ragioni, e la realtà dei nostri sistemi processuali - che con la loro complessità e costosità creano severi ostacoli alla realizzazione del diritto -, il problema dell'accesso alla giustizia si manifesta innanzitutto come problema di accesso agli strumenti di tutela giurisdizionale. E come tale esso richiede di trovare una sua prima risposta nell'impegno di istituire appositi strumenti capaci di attenuare gli ostacoli di carattere economico - il costo delle liti - che condizionano la possibilità di perseguire il riconoscimento giudiziale dei diritti. Oggi, tale impegno assume anche una particolare severità di fronte al riconoscimento costituzionale delle garanzie legate al principio del 'giusto processo'.” (In: TROCKER, Nicolò. Accesso alla giustizia e assicurazione legale. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 4, p. 1065-92, dic. 1986, p. 1.066).

“reformas” que são apenas paliativos, que em nada resolvem problemas como a efetividade do processo e a realização do Direito. Segundo Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA<sup>53</sup>,

[...] é indispensável, e mais do que indispensável, urgente, formar juristas que não sejam, como agora, técnicos sem princípios, meros intérpretes passivos de textos, em última análise, escravos do poder (...), pois o servilismo judicial frente ao império da lei anula o Poder judiciário que, em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos três ramos do Poder estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania.

Em sentido amplo - e não apenas restrito à tutela antecipada e à tutela cautelar -, o novo Código de Processo Civil é mais um destes paliativos, que de modo algum resolverá o problema da crise da jurisdição brasileira. Conforme refere Lenio Streck<sup>54</sup>, “o modelo de direito predominante no Brasil longe está de atender às demandas provenientes de uma sociedade complexa, no interior da qual convivem os mais significativos contrastes”.

Por todas as razões expostas, é que a “nova” tutela provisória deverá ser interpretada de modo a efetivar direitos fundamentais, aproximando assim o direito processual civil da realidade social.

## CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil pretendeu simplificar o que hoje denominamos de tutela de urgência, inserindo no âmbito da tutela provisória, além dos provimentos satisfativos, também os cautelares, adotando os mesmos requisitos para ambos.

Melhor teria sido a adoção da expressão tutela de urgência como gênero e tutela antecipada e cautelar como espécies, considerando que a provisoriedade é uma característica inerente apenas aos provimentos antecipatórios. Ao valer-se da expressão “tutela provisória”, o NCPC mostra novamente o comprometimento com a doutrina de Piero Calamandrei, também existente no CPC/73.

<sup>53</sup>In: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, p. 44.

<sup>54</sup>In: Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99.

Em que pese a imprecisão terminológica do novo diploma legal, há um nítido propósito de desformalização do procedimento que, em muito casos, poderá importar em entraves no âmbito forense, como, por exemplo, a cumulação da lide cautelar com a lide principal no mesmo procedimento. Como se tratam de lides distintas, evidentemente, que a discussão de ambas dentro de um mesmo processo poderá acarretar, além de tumulto processual, também cerceamento de defesa.

Por fim, entendemos que a interpretação do novo texto, deva deixar de lado discussões puramente processuais, com uma maior preocupação com a realização de direitos, mais precisamente de direitos fundamentais. O “marasmo” das discussões processuais deve dar lugar, a uma interpretação comprometida com os avanços sociais<sup>55</sup>.

## REFERÊNCIAS:

ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho** - sistema jurídico y democracia en Habermas. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. Lima: Palestra, 2005.

BUONCRISTIANI, Dino. Sistema dei référé: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senzapré-giudizio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Jun. 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y Proceso**. Tradução: Santiago Sentis Meleno. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1981.

CARPI, Federico. Provvedimenti Interinali di Condanna, Escutorietà e Tutela delle Parti. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1977.

<sup>55</sup>Ao tratar deste tema, refere Lênio Streck (In: *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, p. 105) que “*é nesse contexto, pois, que entendo o direito: como impulsionador de transformações sociais qualitativas e quantitativas, característica que exsurge do plus normativo exurgente do Estado Democrático de Direito. Há um conjunto de avanços sociais, frutos de pressões de movimentos sociais, que têm recebido o selo jurídico, a partir da jurisprudência dos tribunais e de legislações emanadas do Poder Legislativo*”.

- CHIARLONI, Sérgio. Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, 1991, p. 672-673.
- CIPRIANI, Franco. **Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie**. Il giusto proceso civile. Bari, n. 1/2006, p. 26-27.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del 'giusto processo' (modelli a confronto). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 52, n. 3, p. 887-938, set. 1998.
- COREA, Ulisse. Autonomia Funzionale della Tutela Cautelare Anticipatoria. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, out-dez 2006.
- COSTA, Lopes da. **Medidas Preventivas - medidas preparatórias - medidas de conservação**. 2ª edição. São Paulo, 1953.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Processo Civil - Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Salvador: JusPodvm, 2011.
- DONNE, Clarice Delle. Il difficile cammino della parità delle armi e dell'effettività della tutela nel processo cautelare: il caso dei provvedimenti di ripristino. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, mar. 2006.
- GHIRGA, Maria Francesca. Le nuove norme sui procedimenti cautelari. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Jul-Set. 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1929.
- LOPES, João Batista. **Medidas Cautelares Inominadas**. Revista dos Tribunais n. 605.
- LOPES SALDANHA, Jânia Maria. **Substancialização e Efetividade do Direito Processual Civil - A Sumariedade Material da Jurisdição - Proposta de Estabilização da Tutela Antecipada em Relação ao Projeto de Novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2011.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de Processo Civil - Comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINUCCI, Elena. La Stabilità dei Provvedimenti Cautelari in Materia di Proprietà Intellettuale ed Industriale alla Luce del d. lg. N.140/2006. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, jan.-fev. 2007.
- MARRAMAO, Giacomo. **Poder e secularização - as categorias do tempo**. Traduzido por Guilherme A. G. de Andrade. São Paulo: Unesp, 1995.
- MASSARI, Hildegard. La stabilità del Provvedimento Cautelarenel Processo Civile Tedesco. **Rivista**



---

Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, abr. - junh. 1996.

MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento delle necessita dell'acertamento com autorità di giudicato. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Jun-Set. 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MONTELEONE, Girolamo. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. 4 ed. Padova: Cedam, 2007, Vol. 2.

OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda OLIVEIRA. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PANNARALE, Luigi. **Il diritto e leaspetattive**. Bari: Scientificheltaliane, 1988.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo** - Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

QUERZOLA, Leo. Tutela cautelare e dintorni: contributo allá nozione di 'provvedimento anticipatorio'. **Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile**. Set. 2006, p. 795.

ROCHA, Leonel Severo. *in* Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003, p. 309-20.

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARZIA, Giuseppe. **Il processo cautelare**. 2 ed. . Padova: Cedam, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. **Revista de Processo n. 157**, p. 129-146.

TORRALBA, Alberto José Lafuente. La evolución de la tutela cautelar desde una perspectiva internacional: hacia la autonomía de las medidas anticipatorias. **Revista de processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 156, p. 77-103, fev. 2008.

TROCKER, Nicolò. Acesso alla giustizia e assicurazione legale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, n. 4, p. 1065-92, dic. 1986, p. 1.066.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§7º do art. 273 do CPC). **Revista do Tribunal Regional Federal - 4ª Região**. Porto Alegre, a. 17, n. 62, p. 45-6, 2006.

VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. **Lés Référés**. Paris: Litec, 2003, n. 1054 - 1057.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição do Processo Civil**. 3ª edição. São Paulo: Perfil, 2005.

---

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas Diferentes. Função Constitucional Semelhante. **Revista de Processo** n. 82. V. 21, p. 53-69, abr.

Recebido em: 22.06.2015 / Aprovado em: 31.08.2015