

# A NOVA ESTRUTURA DOS PROVIMENTOS DE URGÊNCIA

RAMON LISBOA<sup>1</sup>

## Resumo

Por pelo menos dois séculos o Direito Processual agasalhou o paradigma racionalista, fruto das idéias iluministas, mais propriamente do jusnaturalismo. A consequência dessas ideologias no âmbito processual foi a de impedir a aplicação das tutelas interditais, de urgência, dado que as mesmas estão fundadas em juízos de verossimilhança, não carreando a devida certeza para o processo, eis que, matematicamente falsas. No limiar do novo milênio, o direito processual brasileiro, retomando instituições do direito romano clássico, introduz a antecipação de tutela, medida judicial sincrética que rompe o paradigma racionalista, representando, destarte, um dos maiores progressos para a ciência jurídica.

**Palavras-chave:** Processo, Estrutura, Alteração

## Abstracts

For at least two centuries the Procedural Right sheltered the rationalistic paradigm, fruit of the ideas illuminism, more properly of the jusnaturalism. The consequence of those ideologies in the procedural ambit was the one of impeding the application of the you tutor you interdict, of urgency, given that the same ones are founded in verisimilitude judgements, not carting the due certainty for the process, suddenly, mathematically false. In the threshold of the new millennium, the Brazilian procedural right, retaking institutions of the classic Roman right, it introduces the anticipation of it tutors, measure judicial "sincrética" that breaks the rationalistic paradigm, representing, like this, one of the largest progresses for the juridical science.

**Key words:** Process, Estructure, Alteration

## 1. Introdução

A busca pela proteção assinala a personalidade do ser humano, como instinto a guiar-lhe a preservação. Nesse diapasão, alguns filósofos do século XVIII e XIX, chamados iluministas, afirmaram que o único motivo de o homem viver numa sociedade civil, não belicosa, é o fato de que cada um abriu mão de uma parcela de seus direitos para a instituição de um outro ente, um "homem artificial" – o Estado, que traria não só a proteção, mas a certeza, uma vez que esta é pressuposto daquela.

Nesse "homem artificial", se o Poder Legislativo é o cérebro, o Executivo e o Judiciário são as mãos e a boca, respectivamente.

Isto porque este *homo artificialis* que rege os destinos da sociedade civil não pode ter dois cérebros, sob pena de contradizer-se; melhor então que tenha um só, e membros para executar os seus desígnios.

O Estado descrito como esta figura de estrutura racional, matemática, é o paradigma que faz do Poder Judiciário uma instituição com a finalidade precípua de declarar a lei, as premissas que foram insti-

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito da UFSC e pesquisador do tema na *Universidad Nacional Del Litoral* Província de Santa Fé – Argentina.

tufadas pelo legislador. Mais ainda, posto que se considera extremamente pernicioso um juízo de verossimilhança, as decisões deverão estar embasadas em juízos precisos, de clareza matemática.

Essas duas assertivas são as responsáveis pela mutilação da tutela de urgência, para supremacia do processo de conhecimento de procedimento ordinário que agasalha em seu bojo demandas plenárias, exaurientes, nas quais é possível (!?) obter a almejada certeza, em detrimento dos juízos de verossimilhança que seriam matematicamente falsos. Esses *paradigmas* serão analisados oportunamente.

Para que se tenha uma noção clara do objeto em estudo, necessário descrever o universo em que ele se encontra. Portanto, segue-se a análise dos tipos de tutela jurisdicional admitidos pela legislação pátria.

## 2. Classificação Tradicional da Tutela Jurisdicional

Quando se busca espantar dúvida ou incerteza quanto à pertinência subjetiva de um determinado bem da vida juridicamente protegido, o procedimento idôneo, pelo menos o que a doutrina majoritária pensa ser, é o cognoscitivo, ou Processo de Conhecimento, no qual o sujeito deseja obter uma sentença de declaração do direito que se pensa ter (quanto à sua existência, sua configuração, seu alcance, seu modo de ser). Trata-se de conhecer, isto é, de apreender a realidade fática e jurídica do litígio para solvê-lo consoante o Direito, atribuindo a cada qual o que em verdade lhe pertença.

Em contraposição, quando o socorro judicial é procurado com o fim de tornar efetivo e concreto no mundo dos fatos o comando contido na sentença, já não se cuida de declarar ou conhecer. A lide se traduz em pretensão já definida como induvidosa, mas ainda assim insatisfeita. O processo é de execução.

Uma terceira possibilidade, esta sim objeto deste estudo, é a formação de processo cautelar, no qual não se busca nem o

acertamento do direito, nem a realização prática de um direito que já é certo, mas a tutela da segurança como um valor em si mesmo. O ofício judicial é invocado para prover, no sentido de garantir que o bem da vida de um processo (de conhecimento ou de execução) seja assegurado contra os riscos decorrentes da demora na sua últimação, ou das alterações que se possam introduzir, maliciosamente, ou não, no estado de fato sobre o qual a futura prestação jurisdicional deverá influir.

Essas são, em síntese as três modalidades de tutela jurisdicional admitidas pelo legislador pátrio.

## 3. Do Processo Cautelar

A tutela cautelar não é prática recente, pelo contrário, é simples redescoberta dos séculos XVI e XVII, que haviam sido sepultadas pelo movimento liberal anteriormente descrito, em função da ideologia dominante da excelência do "procedimento ordinário" que traria a certeza na sentença declarativa, o que é estranho ao processo cautelar.

É, dessarte, uma instituição de escopo preventivo, destinada a preservar a incolumidade dos direitos em face de uma situação que ocasione perigo de dano iminente.

Ovídio A. Baptista da Silva traz o seguinte entendimento sobre a tutela cautelar:

Trata-se, portanto, de forma essencialmente preventiva de proteção jurisdicional, destinada a preservar a incolumidade dos direitos ou de algum interesse legítimo, ante uma situação de emergência que os coloque em posição de risco iminente de periclitación.

Desse pressuposto fundamental decorrem duas conseqüências: uma de caráter objetivo, que é a urgência que sempre há de estar presente, de modo a legitimar a outorga da proteção cautelar; a outra de natureza subjetiva, referente ao modo pelo qual o ór-

ção judicial deve examinar e decidir a demanda cautelar. Se a "urgência" deve ser uma condição permanente, para ter lugar este tipo de proteção jurisdicional, dado que a medida cautelar há de responder invariavelmente a um estado de risco iminente de dano, a cognição judicial que instrumentaliza a respectiva sentença terá de ser, necessariamente, "sumária", pois as formas ordinárias de procedimento nunca poderiam oferecer uma solução pronta e eficaz, condizente com a situação de perigo.<sup>2</sup>

Assim, a lide da tutela cautelar consiste na pretensão à segurança manifestada pelo interessado na garantia, à qual se opõe a resistência do outro interessado.

O juiz também af parte de uma situação de incerteza quanto ao cabimento, ou não, do provimento acautelador, devendo aquilatar da sua necessidade e conveniência. Para esse efeito, analisará em termos de probabilidade se há mesmo algo para acautelar ("fumus boni iuris"), com o que terá, necessariamente, de lançar os olhos sobre a pretensão de direito material ventilada pelo autor. Tal gesto implica haver na própria demanda cautelar um "mérito" para decidir, eis que o juiz não irá buscar em outra demanda as razões para decisão, mas na relação de direito material posta pelo autor da cautelar.

De outra banda, como já foi exaustivamente comentado, terá o juiz de avaliar se o direito material alegado pelo autor sofre perigo de dano iminente que não pode ser suprimido pela via ordinária em virtude da morosidade da tramitação (o que erroneamente é tido por boa parcela da doutrina como "periculum in mora").

Estas são as premissas necessárias que autorizam o uso do processo cautelar: *fumus boni iuris* e a iminência de dano irreparável ou de difícil reparação.

Ainda outra característica assinala o processo cautelar, qual seja, a temporariedade.

#### 4. Caráter Temporário das Demandas Cautelares

Diferentemente do que pensaram (e pensam) muitos doutrinadores, a tutela cautelar não é de caráter provisório, mas temporário. Isto porque o provimento de natureza provisória será substituído futuramente por outro. Já o temporário, irá durar enquanto as circunstâncias que o autorizam persistirem e, posteriormente, perecendo essas, ele também desaparecerá. A diferença, portanto, é clara e de cabal importância como se verá adiante.

A confusão tem suas raízes nas teses "carneluttianas", nas quais a função da tutela cautelar é a de proteger o processo principal, que será ajuizado posteriormente. Se assim fosse, o processo cautelar sequer teria mérito, pois visaria à proteção do mérito de outra demanda. Para essa doutrina é meramente acessório, instrumental.

Daf o caráter provisório, vez que seria substituído pela sentença que julgasse a demanda principal, esta sim de mérito.

Ocorre que o processo cautelar é autônomo em relação à demanda principal, à título de exemplo, na medida cautelar de arresto, a mesma não perde sua eficácia com o trânsito em julgado da sentença condenatória, uma sentença não foi substituída pela outra, tampouco o mérito das demandas se confunde.

A tutela cautelar conecta-se, isto sim, a uma situação de perigo sobre o bem da vida. Em vindo a desaparecer tal situação, também a medida cautelar deixará de ter razão de ser, o que normalmente ocorre quando finda a demanda principal, mas, nem sempre, como no supracitado exemplo.

Destarte, a sentença cautelar é temporária, destinada a perecer, não a ser substituída!

Desse caráter temporário decorre a consequência inevitável de que o provimento cautelar deverá ser reversível, eis que é

<sup>2</sup> *Técnicas gerais do processo civil*, 3a. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 339.

meramente assecurativo do direito ventilado pelo autor e não satisfativo, como defenderam primordialmente Carnelutti e Calamandrei, e até bem pouco tempo (bem pouco mesmo!) parcela atávica da doutrina brasileira.

Satisfativas são as execuções provisórias, nas quais executa-se para que haja segurança, em face do (aqui sim) *periculum in mora*, ou seja, perigo pela demora da sentença definitiva.

A despeito da grande massa de juristas que sequer penetravam nos meandros do processo cautelar, Pontes de Miranda fez despontar a clareza entre os provimentos de natureza satisfativa e os cautelares (meramente assecurativos) criando o seguinte trocadilho: execução para segurança e segurança da execução, respectivamente.

Distinção que, infelizmente, demorou quase um século para ser reproduzida nos pretórios pátrios.

### 5. Execução para Segurança/Segurança Execução

Na segurança da execução, hipótese das medidas cautelares, o direito é assegurado, protegido, para que, se for o caso, possa ser futuramente regulado em definitivo pela sentença do processo principal. De outra banda, na execução para segurança, o direito é regulado provisoriamente (então satisfeito desde já) para ao final receber a tutela definitiva.

Ovídio A. Baptista da Silva, abalado na doutrina italiana, estabelece a diferença entre os dois tipos de tutela:

Cristofolini, cuja lição já reproduzimos, ao definir a tutela cautelar, distinguindo-a das demais formas de tutela sumária, observa o mesmo fenômeno, mostrando que as provisionais, ao anteciparem a eficácia do provimento final de acolhimento da demanda, em verdade *realizam* plenamente o direito posto em causa, ainda que sob forma provisória [então execução para segurança]. As medidas

*antecipatórias*, como diz o jurista, realizam o direito “como se” o acerto definitivo já tivesse ocorrido; as medidas propriamente cautelares – enquanto proteção apenas de segurança – limitam-se a “assegurar a possibilidade de realização” para o caso de vir a sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada.<sup>3</sup>

Destarte, se o caso for de um dano iminente decorrente do retardamento da tutela satisfativa, satisfaz-se a pretensão desde logo, executando para segurança. Ou seja, *quando se antecipa execução, satisfaz-se por antecipação*.

Necessário frisar o conceito de “satisfação”. Para isso atente-se novamente para lição do Prof. Ovídio A. Baptista da Silva firme no magistério de Pontes de Miranda:

Tal como Pontes de Miranda, entendemos por *satisfação do direito* sua efetiva realização existencial, ainda que provisória e adotada antes mesmo do reconhecimento por sentença de que o direito realmente exista. Em razão disso, temos como antecipação satisfativa do direito toda liminar que conceda ao demandante algum resultado prático que o mesmo somente poderia obter se a demanda fosse, afinal, procedente.<sup>4</sup>

Destarte, as ações cautelares restam completamente despidas de “caráter satisfativo”, vez que há apenas a concessão de medidas colaterais que, diante da situação objetiva de perigo – traduzido na expressão “perigo de dano iminente” –, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do direito objeto do litígio, jamais a satisfação do mesmo.

Ocorre que tais limites, a despeito da pedagógica diferença entre execução para

<sup>3</sup> *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001 p. 64  
<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 65

segurança e segurança da futura execução, nem sempre tais diferenças foram reconhecidas. Ao contrário, até as recentes reformas ocorridas em 1994, as quais se deve a implantação do revolucionário instituto da antecipação de tutela (execução para segurança), inúmeros julgados acompanhados da maciça parte dos doutrinadores viam na tutela cautelar a execrável função de satisfatividade exauriente do direito material posto em discussão.

Sobre as causas desse fenômeno aduziu Kazuo Watanabe:

A inexistência de instrumento processual adequado para a tutela desses direitos, somada à irritante e desesperadora lentidão da Justiça, provocada por fatores múltiplos, estimulou a criatividade dos operadores do Direito, que começaram a utilizar "intensamente da ação cautelar inominada" como um meio de obtenção da antecipação da tutela postulada ou a ser postulada na chamada "ação principal". Ocorreu, assim, desvio e exagero na utilização da ação cautelar inominada, que passou a servir de instrumento para a postulação de tutela satisfativa, e não simplesmente acautelatória.

O fenômeno, excluídos os casos manifestamente abusivos, significava uma compreensiva reação das exigências do próprio tráfico jurídico contra o deficiente sistema processual e lastimável organização judiciária, comprovadamente insuficientes para lhe dar uma adequada e tempestiva tutela.<sup>5</sup>

Assim, a satisfatividade das tutelas cautelares deveu-se à necessidade de não permitir a periclitância da pretensão de direito material (*periculum in mora*) em face da extrema morosidade do Processo de Conhecimento, o qual por estar impregnado

dos paradigmas racionais, não admitia que um juízo de verossimilhança (falso por si só de acordo com a concepção racionalista) autorizasse a satisfação do direito.

Ora, se o processo de conhecimento devido aos paradigmas a que estava atrelado (e ainda está) não era idôneo para proteger o bem da vida satisfazendo de imediato a pretensão do autor, o processo cautelar absorvia tais demandas mutilando seu escopo meramente preventivo.

Nesse diapasão aduz Adroaldo Furtao Fabrício:

Paralelamente, vicejou entre nós a ominosa doutrina segundo a qual os provimentos cautelares podem ser "satisfativos", de sorte que até nas classificações correntes dessas medidas aparece a categoria correspondente, como se a locução *cautela satisfativa* não envolvesse uma evidente e pasmosa contradição em termos. Pelo que nos diz respeito, falar-se de cautela satisfativa é tão desarrazoado e inaceitável quanto à idéias de *gelo quente*. Ou bem se fica com o substantivo ou com o adjetivo; ou se trata de cautela e não satisfaz, ou é medida satisfativa e não pertence ao universo das cautelas. Mas não parece ser esse o pensamento dominante, que aceita sem maiores reservas a esdrúxula simbiose – o que, aliás, é suficiente para evidenciar a falta de uma conceituação segura da tutela cautelar.<sup>6</sup>

Ultrapassado esse período de graves contradições, assentou-se no direito brasileiro, através da Lei nº 8.592/94, o instituto da "antecipação dos efeitos da tutela" (art. 273 do CPC), que é por natureza satisfativo. Portanto, tem-se a tão almejada "execução para segurança", no próprio bojo do Processo de Conhecimento, ou melhor, mistura de Conhecimento e Execução!

<sup>5</sup> *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer (art. 273 e 461 do CPC)*. In Revista da AJURIS. Vol.66, Porto Alegre, 1996, p. 171

<sup>6</sup> *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*. In Revista da AJURIS, Vol.66, Porto Alegre, 1996, p. 12

## 6. Origem da “Antecipação dos Efeitos da Tutela”

Ocorre que, se a tutela cautelar não é invenção do século XX, muito menos a “antecipação dos efeitos da tutela”, a qual tem sua gênese no direito romano clássico, caracterizado pela existência de tutelas interditais.

O direito romano clássico é anterior a cristianização do século VI (liderada pelo Imperador Justiniano), tal evento influenciou diretamente no desenvolvimento do direito romano bizantino, no qual, a figura do réu tomado como vítima levou a supressão dos instrumentos de efetividade do processo.

É nesse direito romano (bizantino), tardio e decadente, que o processo civil tem suas fontes.

Ainda assim, as tutelas interditais, baseadas tão só em juízos de verossimilhança, carregadas de teor executivo (portanto satisfativas e efetivas), emergiram no direito germânico medieval, para então serem, no século XIX, completamente suplantadas pela metodologia racionalista que dominou o direito como se o mesmo ciência natural fosse.

Dessa forma, o século iluminista obscureceu a ciência jurídica com o paradigma racionalista que, em detrimento da efetividade processual, da busca pela proteção do bem da vida através de juízos baseados na verossimilhança, erigiu a certeza matemática à patamar inatacável, levado a efeito pelas demandas plenárias, exaurientes, com procedimento ordinário, nas quais se perseguiu a *justa composição da lide*<sup>7</sup>, como se o provável fosse sinônimo de injusto!

Destarte, o processo civil parece ainda estar longe de uma revolução científica que proporcione a quebra dos paradigmas até então reinantes. No entanto, já paira nítida a tendência em buscar certas instituições (interditais) do direito romano clássico, no qual o *praetor* detinha poder de *imperium* e os doutrinadores ainda não se

tinham embriagado no racionalismo frio das ciências naturais, tampouco elevado o réu a altar que não lhe pertence (aliás, a nenhuma das partes).

Por tudo quanto aqui foi exposto, fica a lição de Ovídio Baptista da Silva quanto à importância dessas ações sincréticas (que unem processo de conhecimento e de execução), previstas no art. 273 do CPC, para a nova estrutura que poderá tomar assento no Direito Processual Civil:

As considerações precedentes têm o sentido de mostrar que a reforma introduzida pelo art. 273 do Código de Processo Civil, com a aparente intenção de livrar apenas o processo cautelar das então denominadas “cautelares satisfativas”, numa tentativa de purificar o Livro III do Código, em verdade representa uma profunda reforma de nosso envelhecido e arcaico *procedimento ordinário*, cuja verdadeira dimensão, ao que tudo indica, muitos sequer imaginam. Com efeito, querendo, ou não, com a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, consagrou o legislador as duas espécies de tutela processual que a doutrina teimava em recusar, as sentenças mandamentais e executivas (*lato sensu*), que são as únicas capazes realmente de produzir antecipações dos “efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”!<sup>8</sup> (grifo nosso)

### Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*. In: Revista da AJURIS. Vol 66. Porto Alegre, 1996. p. 5-18

<sup>7</sup> Aforismo carneluttiano

<sup>8</sup> *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001 p. 173

KUHN, Thomas S. *Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Considerações acerca da tutela de cognição sumária*. In: Revista dos Tribunais. Vol. 675. São Paulo. 1992. p. 288-295

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense. 2001

\_\_\_\_\_. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense. 2001

\_\_\_\_\_. *Decisões interlocutórias e sentenças liminares*. In: Revista da AJURIS. Vol. 51. Porto Alegre. 1987. p. 126-149

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil*. V 1 – Processo de conhecimento, 5ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000

\_\_\_\_\_. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997

\_\_\_\_\_. *Racionalismo e tutela preventiva em processo civil*. Revista Jurídica. Vol. 295. Porto Alegre. 2002. p. 7-20

\_\_\_\_\_. GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002

WATANABE, KAZUO. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e na fazer (art. 273 e 461 do CPC)*. In: Revista da AJURIS. Vol 66. Porto Alegre. 1996. p. 160-190

**Contato com o autor:**

Ramon Lisboa  
Rua do Acampamento, 77, 13A  
97050-001 Santa Maria – RS  
Telefone: (0XX55) 223-9457