

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Faculdade Mineira de Direito

**ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA NO PROCESSO CIVIL E
DO TRABALHO:
uma visão comparativa - Brasil, Itália e França**

Paula Cristina de Abreu Amorim

Belo Horizonte
2011

Paula Cristina de Abreu Amorim

**ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA NO PROCESSO CIVIL E
DO TRABALHO:
uma visão comparativa - Brasil, Itália e França**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito do Trabalho

Orientador: Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta

Belo Horizonte

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A524e Amorim, Paula Cristina de Abreu
Estabilização da tutela sumária no processo civil e do trabalho: uma visão comparativa - Brasil, Itália e França / Paula Cristina de Abreu Amorim. Belo Horizonte, 2011.
192f.

Orientador: José Roberto Freire Pimenta
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Tutela antecipada. 2. Medidas cautelares. 3. Direito processual. 4. Direito comparado. 5. Processo civil. 6. Justiça do trabalho. I. Pimenta, José Roberto Freire. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.919.6

Paula Cristina de Abreu Amorim

Estabilização da tutela sumária no processo civil e do trabalho: uma visão comparativa - Brasil, Itália e França

Dissertação defendida e aprovada em 18/03/2011 pela banca examinadora constituída pelos professores:

Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta - Orientador

Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares Renault

Prof. Dr. Érico Andrade

Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro Ferreira - Suplente

Aos meus pais, Márcio e Maria, fontes permanentes de amor e motivação para minhas realizações.

AGRADECIMENTOS

Ao professor José Roberto Freire Pimenta, pelos ricos ensinamentos, inestimável orientação e valiosa disponibilidade para prestar os esclarecimentos necessários.

Aos meus pais, pela paciência, pela incansável revisão e por terem me transmitido o gosto pelos idiomas.

Ao professor Érico Andrade, pela generosa disposição ao me franquear acesso a importantes fontes de consulta.

Aos meus irmãos e amigos, pelo apoio e presença constantes.

Ao Desembargador Jorge Berg de Mendonça, à Thaís França Marques e à Clarice Vieira Gomide, pela compreensão e incentivo permanentes.

A todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

O processo civil tradicional é construído sobre a ideia de acertamento do direito, baseado na atividade de cognição plena e exauriente desenvolvida pelo julgador, a qual leva à formação de uma decisão com força de coisa julgada, ganhando relevo os princípios da certeza e da segurança jurídica. O processo civil contemporâneo, porém, tem mudado essa ênfase para se direcionar ao valor da celeridade, como resultado da crescente necessidade nas sociedades modernas de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva. Novos mecanismos processuais têm sido desenvolvidos com o objetivo de obter a rápida resolução dos conflitos de acordo com os anseios e as necessidades das partes envolvidas no litígio: se o desejo dessas partes é resolver a crise de direito material sem necessidade de obter o certificado processual da imutabilidade, deveria ser-lhes permitido obter tal decisão, num procedimento sumário autônomo em relação ao processo principal de mérito, apto à estabilização de seus efeitos. França e Itália são exemplos de países que caminham nessa direção, pois já inseriram, em seus ordenamentos jurídicos, a chamada tutela sumária autônoma. Trata-se de mecanismo processual baseado em cognição sumária que não é obrigatoriamente ligado pelo nexo de instrumentalidade ao processo principal de mérito. No ordenamento jurídico brasileiro vislumbra-se projeto de lei com proposta de adotar semelhante técnica de estabilização. A presente dissertação desenvolve, pois, um estudo de direito comparado para avaliar as vantagens de se introduzir tal mecanismo processual em nosso ordenamento, com especial destaque para sua aplicação no âmbito do processo do trabalho.

Palavras-chave: Antecipação de tutela. Tutela cautelar. Medidas de urgência. Direito processual comparado. Processo civil. Processo do trabalho. Cognição sumária. Estabilização. Crise do processo padrão de cognição plena e exauriente.

ABSTRACT

The traditional civil procedural law is centered on the pronouncement of merit, in the basis of a full judgement that leads to *res judicata* and, therefore, certainty. Contemporary civil procedural law though has changed this emphasis as a result of the growing need in the modern society for an effective and speedy justice. New techniques have been developed to focus on the timely conflict resolution according to the needs of the plaintiff: if the interested parties show no need for a claim or issue preclusion, they should be allowed to obtain a self-standing provisional measure in a fast-track proceeding on the merits without preclusive effects. France and Italy have adopted those kinds of urgent and provisional remedies in their civil procedural system. Brazilian civil procedural law is facing forward the same path to adopt those self-standing provisional measures. The current dissertation develops a comparative law study of the provisional measures in Brazil, Italy and France in order to evaluate the advantages of this remedy especially regarding its application in the labor procedural law.

Key-words: Interlocutory injunction. Precautionary legal measures. Provisional measures. Comparative law study. Civil procedural law. Labor procedural law. Summary judgement. Self-standing provisional measures. Crisis of the full understanding of the cause.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO SOBRE O DIREITO PROCESSUAL MODERNO	17
2.1 O contexto histórico de formação dos Estados Liberais	17
2.2 O direito processual no Estado Liberal	20
2.3 Estado Social ou Estado do Bem-Estar Social	30
2.4 Estado Democrático de Direito ou Estado Pós-Social ou Estado Constitucional ..	34
2.5 O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva	38
3 TUTELAS DE URGÊNCIA	43
3.1 O problema do tempo na duração dos processos	43
3.2 Processo cautelar	47
3.2.1 Aspectos gerais.....	47
3.2.2 Requisitos	51
3.2.3 O procedimento cautelar	54
3.3 Antecipação de tutela	60
3.3.1 Requisitos	64
3.3.1.1 <u>Cognição sumária: prova inequívoca e verossimilhança da alegação</u>	64
3.3.1.2 <u>Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação</u>	66
3.3.1.3 <u>Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu</u>	67
3.3.1.4 <u>Perigo de irreversibilidade</u>	68
3.3.1.5 <u>Revogabilidade</u>	72
3.3.1.6 <u>Tutela de evidência - pedidos incontroversos</u>	73
3.3.2 <i>A antecipação de tutela específica para obrigações de fazer e não fazer, nos termos do art. 461, §3º, do CPC</i>	74
3.3.3 Aspectos procedimentais da antecipação de tutela.....	76
3.4 Aproximação entre os institutos da antecipação de tutela e das medidas cautelares.....	79
4 ESTUDO DE DIREITO COMPARADO	84

4.1 França - o sistema do <i>référé</i>	86
4.1.1 A competência em sede de <i>référé</i>	91
4.1.2 O procedimento em <i>référé</i> , passo a passo	93
4.1.3 As espécies de <i>référé</i>	98
4.1.3.1 <u>Référé classique ou tradicional</u>	98
4.1.3.2 <u>Référé de remise en état ou prévention</u>	103
4.1.3.3 <u>Référé provision</u>	105
4.1.3.4 <u>Référé probatoire</u>	108
4.1.4 Conclusões sobre o <i>référé</i>	110
4.2 Itália	113
4.2.1 Os procedimentos cautelares em geral na Itália	116
4.2.2 Âmbito de aplicação.....	118
4.2.3 A petição inicial	121
4.2.4 Ônus da prova.....	123
4.2.5 Modificação do provimento cautelar	124
4.2.6 Efeitos da decisão proferida em sede cautelar.....	127
4.2.7 Aspectos procedimentais.....	129
4.2.8 Conclusões sobre a possibilidade de estabilização da decisão proferida em sede de tutela sumária	130
5 A PROPOSTA DE ADOÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA NO BRASIL	133
5.1 A proposta de alteração da disciplina das tutelas de urgência no novo CPC	140
5.2 Questões controvertidas	146
5.2.1 Âmbito de aplicação.....	146
5.2.2 A petição inicial	147
5.2.3 Ônus da prova.....	148
5.2.4 Modificação das medidas concedidas em tutela de urgência.....	149
5.2.5 Efeitos da decisão - estabilização sem força de coisa julgada	150
6 APLICAÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO DAS DECISÕES SUMÁRIAS EM SEDE DE TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO	157
6.1 A síndrome do descumprimento das obrigações trabalhistas	157
6.2 As tutelas de urgência no processo do trabalho e a estabilização das decisões sumárias.....	163

6.3 Casuística.....	172
7 CONCLUSÃO.....	175
REFERÊNCIAS	183

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação se debruça sobre o instituto da estabilização dos efeitos da tutela concedida em sede de cognição sumária, na tentativa de contribuir para os estudos que vêm se desenvolvendo no Brasil em torno do tema, fomentando o debate e visando a amadurecer a ideia de introduzir técnica semelhante em nosso ordenamento jurídico.

A abordagem se inicia pela compreensão do contexto histórico de formação dos Estados Liberais, pois certo é que o fenômeno jurídico sofre grande influência dos fatores culturais, econômicos e políticos da sociedade na qual se insere.

José Carlos Barbosa Moreira bem destaca a importância de se voltarem os olhos para o passado como forma de melhor compreender o presente e de tentar aprimorar ideias que possam ser utilizadas no futuro.

Ele ressalta que as gerações processualistas anteriores tiveram o grande mérito de se empenhar na construção de uma dogmática sólida, fazendo prevalecer, em suas reflexões, as especulações técnicas que deixaram pouco espaço para preocupações de outra ordem, relacionadas com as dimensões políticas e sociais do fenômeno processual. Era preciso, e foi útil que assim ocorresse. E enfatiza o insigne autor:

Não foi pequeno o proveito que pudemos tirar dos frutos de seu labor: muita razão tinha Chesterton quando advertia que o homem pode enxergar mais longe se subir aos ombros dos que vieram antes. A abertura de novos horizontes e a penetração de outras luzes, de que hoje nos beneficiamos, não nos hão de tornar menos sensíveis à permanente importância do trabalho que já encontramos realizado, ou iniciado.¹

Depois dessa necessária abordagem histórica, serão analisados os conceitos básicos informadores dos institutos da antecipação dos efeitos da tutela e das tutelas cautelares no vigente ordenamento jurídico processual brasileiro. Isto porque, pretende-se abordar, também, o grande problema que se apresenta diante dos processualistas nos dias de hoje: a compatibilização entre os valores da celeridade processual e da segurança jurídica.

Como bem salienta Teori Albino Zavascki, “o decurso do tempo [...] é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a

¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do Processo e Técnica Processual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Edição Comemorativa - 100 anos, v. 100, n. 05, p. 577-590, 2006. p. 582-583.

efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente”².

A escolha desse tema se justifica porque há muito se vem discutindo o problema do *tempo* nas relações processuais e os prejuízos que as partes litigantes sofrem com a demora até que se profira uma decisão definitiva.

José Rogério Cruz e Tucci pontua:

É bem de ver que o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo de crise da justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice* o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social. Despiciendo salientar que justiça tardia corresponde a verdadeira denegação de justiça [...].³

Pode-se dizer que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, fomentou essa discussão, ao elevar à categoria de direito fundamental, no art. 5º, inciso LXXVIII⁴, a duração razoável do processo.

É certo que, mesmo antes da referida Emenda, este princípio poderia ser extraído ou deduzido de outros princípios já consagrados no próprio art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), como por exemplo, em seus incisos XXXV, LIV e LV, que tratam, respectivamente, da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário, do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa.⁵

Mas fato é que a sua expressa introdução no texto constitucional, na seara dos direitos fundamentais, confere-lhe força maior e incisiva aplicação prática. O mesmo ocorreu na Itália, quando, em 1999, o art. 111 da Constituição daquele país⁶ passou a expressamente abrigar o princípio da duração razoável dos processos. Também lá, antes da alteração

² ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 82, ano 21, p. 53-69, abr./jun. 1996. p. 60.

³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 17, n. 66, p. 72-78, abr./jun. 1992. p. 73.

⁴ O inciso LXXVIII dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁵ Vide, a propósito, o referido artigo de: TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da ..., p. 72-78.

⁶ Art. 111 - “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*”. Tradução nossa: “A jurisdição atua mediante o justo processo regulado pela lei. Cada processo se desenvolve em contraditório entre as partes, em condições de paridade, diante de um terceiro, juiz imparcial. A lei assegura a duração razoável dos processos”. É importante ressaltar, porém, que, na Itália, a doutrina sustenta que o princípio da duração razoável dos processos se dirige somente ao legislador. Tal posicionamento, porém, não se sustenta no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se verá adiante, no item 2.5, quando se discorrer a respeito do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

legislativa, ele já poderia ser deduzido de outros princípios inseridos no texto constitucional, mas, como bem salienta Alessandro Jommi “uma coisa é deduzir um princípio em via interpretativa (operação que deixa a porta aberta para críticas e incertezas sobre sua precisão e alcance), outra coisa é vê-lo explícita e diretamente reconhecido como caráter essencial do justo processo”⁷.

Partindo de tais premissas é que se vislumbra o grande desafio que o direito processual, de maneira geral, tem enfrentado hoje, no mundo inteiro, qual seja, a tentativa de compatibilizar os valores da celeridade com os da segurança jurídica, pois o processo precisa de *tempo* para que se atinja uma decisão o mais próxima possível da verdade; porém, não pode demorar tanto que se torne inútil, quando atingir essa decisão final.

Ou, nas palavras de Fernando da Fonseca Gajardoni, poderíamos frisar que “celeridade não pode ser confundida com precipitação, enquanto segurança não pode ser confundida com eternização”⁸.

Roger Perrot destaca que, por volta dos séculos XVIII-XIX, os litígios versavam, majoritariamente, sobre a definição de sucessões, o direito de propriedade, servidões ou usufrutos, de maneira que a lentidão dos processos poderia ser vista como algo irritante, assunto sobre o qual eventualmente se ouviam reclamações, mas, ao final, havia resignação. Hoje em dia, observa-se alteração qualitativa no objeto dos litígios, que versam sobre direitos fundamentais, sobre a fonte de renda e sobrevivência da população, sobre pensão alimentar, sobre indenização nas rescisões contratuais, sobre ressarcimento de danos, e não se pode mais resignar-se com a lentidão. “A celeridade se converteu num dos primeiros imperativos da Justiça moderna”. E, como se não bastassem as modificações nas matérias e na complexidade das causas, houve também crescimento quantitativo de processos, deixando os tribunais *abarroados* de ações. Forma-se, assim, o paradoxo:

de um lado, nossos tribunais estão entulhados de um contencioso sempre mais abundante, que retarda fatalmente o curso da Justiça. Mas, de outro lado, a natureza dos litígios que chegam à Justiça exige solução cada vez mais rápida [...]. Como

⁷ Cf. JOMMI, Alessandro. **Il référé provision**: ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005. p. 177. Tradução nossa de: “*una cosa è ricavare un principio in via interpretativa (operazione che lascia aperto il campo a critiche ed incertezze sulla sua correttezza e portata), altra cosa è vederlo esplicitamente e direttamente riconosciuto quale carattere essenziale del giusto processo*”.

⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 141, p. 150-179, nov. 2006. p. 153.

superar a contradição?⁹

Uma das respostas que se tem buscado para enfrentar tal problema são as chamadas tutelas de urgência. O que elas visam, dito de forma simplificada, é tutelar aqueles tipos de direitos que não suportam aguardar todas as fases inerentes ao *iter* do processo padrão; são de extrema relevância, por exemplo, para a defesa dos direitos não patrimoniais, ou dos patrimoniais de função não patrimonial.¹⁰

Trata-se de fenômeno disseminado mundialmente, não sendo exclusivo do ordenamento jurídico brasileiro.

Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich salienta que:

A crise do sistema processual idealizado pelo Iluminismo e consolidado pelo Positivismo é hoje um fato de conhecimento geral. Esforços para mudanças não são privilégio nacional e, tanto como aqui, são experimentados nos mais diversos países do mundo, principalmente aqueles que têm um Direito de raiz romano-canônica, como o brasileiro.¹¹

A universalidade do problema torna extremamente oportuna uma incursão pelo direito comparado. Cândido Rangel Dinamarco destaca a importância de os estudos se enderçarem a ordenamentos nos quais as novas realidades de interesse atual já tenham sido mais vivenciadas, oferecendo ao legislador de cada país espelho dos sucessos ou dos fracassos da lei de outro ordenamento, sugerindo novas opções e novas tomadas de posição valorativas da conduta humana.¹²

E complementa Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich, afirmando que o ideal

⁹ PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 94, n. 342, p. 161-168, abr. 1998. p. 162-163.

¹⁰ Foi o italiano Andrea Proto Pisani quem desenvolveu, de forma pioneira, a diferenciação entre os direitos de caráter exclusivamente patrimonial e aqueles de função não patrimonial. O i. professor José Roberto Freire Pimenta explica que “transplantando esta definição para o ordenamento jurídico brasileiro, serão direitos de conteúdo e/ou função não patrimonial, na definição do i. professor de processo civil da Universidade de Florença todos aqueles direitos que sejam a concretização das liberdades afirmadas pela Constituição de 1988 também em seu Título I (que trata dos princípios fundamentais) e em seu Título II (que se refere aos direitos e deveres individuais e coletivos, aos direitos sociais, da nacionalidade e políticos - artigos 5º a 17 do Texto Fundamental). Em trabalho posterior [...] o mesmo PROTO PISANI, de modo mais conciso, definiu os *direitos de conteúdo e/ou função não patrimonial* como aqueles que ‘têm a função de garantir a satisfação de necessidades primárias da pessoa’.” (PIMENTA, José Roberto Freire. **A tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer e a efetividade da jurisdição - aspectos constitucionais, cíveis e trabalhistas**. 2001. 881 f. Tese, Doutorado em Direito - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 379-380, nota 1020).

¹¹ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. **A tutela de urgência no processo do trabalho: uma visão histórico-comparativa - ideias para o caso brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 01.

¹² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Processo Civil Comparado**. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 95, n. 345, p. 19-28, jan./mar. 1999. p. 19 c/c p. 21.

de soberania não pode servir de escusa para se ignorarem as soluções experimentadas por outros povos, principalmente aqueles que, nascidos de tronco comum, inspiraram e inspiram nossa prática jurídica.¹³

Com vistas em tais ensinamentos, foram escolhidos os ordenamentos de França e Itália, porque ambos introduziram mecanismos processuais semelhantes que visam a conferir celeridade à tutela jurisdicional - trata-se da técnica da estabilização dos efeitos da tutela concedida em sede de cognição sumária. Assim, é pioneira a França na adoção do sistema do *référé*, que data do século XVII, sendo que a experiência foi seguida pelo ordenamento peninsular, a partir de uma alteração legislativa de 14 de maio de 2005.

Após o estudo de direito comparado, procede-se ao exame da viabilidade de se introduzir a técnica da estabilização em nosso sistema jurídico, tendo em conta que já tramita no Congresso Nacional proposta de alteração do nosso Código de Processo Civil (CPC), para que se adote mecanismo de estabilização das decisões sumárias semelhante àqueles estrangeiros. Trata-se do Projeto de Lei de iniciativa do Senado nº 166/10.

Em seguida, o tema será analisado sob a ótica do processo do trabalho.

Ora, na seara trabalhista, o fator *tempo* desempenha papel ainda mais relevante se levarmos em conta as diferenças sociais, econômicas e culturais existentes entre as partes que compõem a relação de emprego, isto é, o empregado e o empregador.

José Rogério Cruz e Tucci, com base na obra de Nicolò Trocker, destaca que uma justiça morosa é um grande mal social:

provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cômodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição.¹⁴

Assim, sob a ótica do trabalhador, cuja sobrevivência depende dos créditos de natureza alimentar discutidos nas ações trabalhistas, a duração excessiva do processo é fator que contribui para aumentar as desigualdades.

A introdução da técnica de estabilização no processo do trabalho configuraria, portanto, mais um mecanismo processual na tentativa de equalizar essa situação, tornando a

¹³ Cf. ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. **A tutela** ..., p. 02.

¹⁴ TROCKER, Nicolò *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia da* ..., p. 73.

atividade jurisdicional mais eficaz, célere e efetiva.

O objetivo é tornar desvantajosa para o empregador a postura de reiterado descumprimento da legislação trabalhista, porque uma justiça mais célere, eficaz e atuante contribui para a efetividade das normas do direito material do trabalho.

Em linhas gerais, portanto, esta dissertação pretende revisitar a literatura em torno das tutelas de urgência, lançando-lhes, quiçá, novas luzes, trazidas pelo direito comparado, para aproveitar ideias que estejam dando resultado positivo em outros sistemas jurídicos, na tentativa de auxiliar no aperfeiçoamento do ordenamento jurídico processual em nosso país.

2 A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO SOBRE O DIREITO PROCESSUAL MODERNO

2.1 O contexto histórico de formação dos Estados Liberais

O fenômeno jurídico não pode ser compreendido de maneira isolada da realidade que o circunda. Não se trata de algo neutro, “mas sim indissociavelmente ligado ao contexto socioeconômico e político no qual ele se insere. Dessa forma, a compreensão das normas jurídicas - sejam as materiais, sejam as processuais - não pode jamais ser desvinculada da compreensão desse contexto”¹⁵.

Como a presente dissertação pretende dar relevo ao ramo processual do direito, discutindo a introdução de mecanismo que vise a imprimir celeridade e efetividade à resolução dos conflitos, é indispensável discorrer sobre o contexto de formação do Estado Liberal, pois é nele que se encontram as raízes do direito processual moderno.

Sendo o processo profundamente influenciado por valores históricos, sociológicos e políticos, é bom que se voltem os olhos para o passado, facilitando a compreensão do presente e abrindo espaço para novas ideias passíveis de serem aplicadas no futuro.

Inicialmente, é necessário traçar uma rápida pincelada sobre a situação histórica que precedeu o Estado Liberal.

Trata-se do lapso temporal que vai de meados do século XVII até meados do século XVIII. A Europa estava começando a deixar para trás o feudalismo característico da Idade Média, mas essa etapa só se pode considerar efetivamente acabada com a Revolução Francesa em 1789. No período em enfoque vigorou o regime monárquico absolutista. Na realidade, o absolutismo representou uma necessária fase de transição no cenário europeu: venceu os resíduos da Idade Média, desarticulou as organizações particulares territoriais, estabeleceu a unidade do Estado e a centralização dos poderes.¹⁶

¹⁵ PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, p. 85-122, jan./jun. 2006. p. 94.

¹⁶ Cf. GOETZ, Walter (Coord.). **História universal**. Madri: Espasa-Calpe, 1952. t. VI: La epoca del absolutismo (1660-1789). Versão espanhola de Manuel García Morente. p. 17.

A sociedade, nessa época, apresentava, basicamente, a mesma estratificação que vinha desde o início da Idade Média. Dividia-se em três estados: o clero, a nobreza e o povo. Ao clero cabiam as funções relacionadas à instrução e ao culto; à nobreza incumbia a defesa do Estado e o aconselhamento do soberano. O terceiro estado era composto pelo restante da população.

Mas, nesse período, o terceiro estado já não era o mesmo dos primórdios da Idade Média. Ele não era formado apenas por servos e camponeses; dentro dele já se vislumbravam outros segmentos, sendo importante destacar a classe burguesa que se formava. Os burgueses compreendiam o que se pode chamar de classe média: eram pessoas que tinham conseguido prosperar, adquiriram suas propriedades de terra, passaram a se dedicar ao comércio e começaram a acumular riquezas.

O rei, monarca absolutista, concentrava toda a soberania, toda a autoridade e todo o poder, não *prestando contas* de seus atos a ninguém. A máxima do absolutismo era a submissão da vontade individual ao soberano, sendo que a vontade deste último estava acima de qualquer limitação de poderes terrenos, porque o seu poder *emanava de Deus*.

As leis funcionavam quase como uma forma de manter a classe dominante no poder, aumentando o abismo entre ricos e pobres. Difundia-se a ideia de que a primeira regra da justiça seria assegurar a alguém o que lhe pertence, mas isso, sob a ótica da classe dominante, significava preservar-lhe os direitos e prerrogativas oriundos do nascimento e da posição social.

Escudando-se no manto de que o *rei se preocupava com o bem de seu povo*, a intervenção estatal se fazia sentir em todas as esferas da vida do indivíduo, porquanto o rei mantinha os olhos em todos os aspectos da vida diária e cuidava de moldar e regular todas as atividades de seus súditos.

A classe burguesa que começava a acumular riquezas não estava satisfeita com esse excesso de controle do Estado, especialmente no que tange à esfera econômica. O Estado absolutista expedia enorme quantidade de regulamentos, contenções e restrições ao comércio e à indústria; concedia, ainda, inúmeros monopólios e privilégios a um pequeno grupo (nobreza e clero); colaborava na manutenção de corporações obsoletas e retrógradas.

Além de sofrer com esses obstáculos ao progresso, a burguesia (e o terceiro estado, como um todo) ainda tinha de arcar com uma pesada carga de tributos, exatamente para sustentar esse regime monárquico, que tanto gastava com supérfluos e só fazia aumentar a dívida governamental.

Este quadro de desigualdades, que refletia os resquícios de uma sociedade feudal decadente e corrupta¹⁷, provocou na população uma onda de insatisfação geral.

Ora, o resultado natural desse avanço excessivo numa direção foi um movimento igualmente profundo na direção oposta: se havia controle demasiado no Estado Absolutista, crescem a vontade e a luta pela ausência total de controle.¹⁸

Formou-se, pois, um campo fértil para disseminar as ideias do liberalismo.

É nesse cenário que se devem compreender as Revoluções do século XVIII, especialmente a Revolução Francesa, cujo lema foi *liberdade, igualdade e fraternidade*.

A Revolução de 1789 pretendia encarnar o oposto de tudo o que havia sido o Antigo Regime. William Doyle explica que a expressão *Antigo Regime* é uma criação da própria Revolução Francesa para designar aquilo que os revolucionários acreditavam estar destruindo a partir de 1789. Contudo, no decorrer das lutas revolucionárias, viu-se que a expressão aplicava-se, na realidade, a qualquer lugar em que se pudessem encontrar reis, nobres, privilégios, feudalismo e propriedades eclesiásticas, ou seja, isso representava a maior parte da Europa.¹⁹

A insatisfação era geral e se direcionava, inclusive, contra os juízes, que eram vistos com enorme desconfiança, porque ajudavam a manter os privilégios dos mais ricos. Eles eram chamados a *aristocracia de toga*.

Conforme nos ensina Luiz Guilherme Marinoni, “os juízes anteriores à Revolução Francesa eram tão comprometidos com o poder feudal que se recusavam a admitir qualquer inovação introduzida pelo legislador que pudesse prejudicar o regime”²⁰.

As Revoluções liberais desse período pretendiam pôr fim a tudo isso e dar início a uma nova era, onde se pusesse em relevo a soberania da nação, o império da lei, a separação dos poderes e o governo eletivo.²¹

Desejavam-se mudanças em todas as áreas e as manifestações culturais, científicas e sociais da época bem retratam esse anseio. Na seara econômica, por exemplo, destaca-se a

¹⁷ Cf. HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986. p. 148.

¹⁸ Cf. HUBERMAN, Leo. **História da ...**, p. 137.

¹⁹ Cf. DOYLE, William. **O antigo regime**. Tradução Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Ática, 1991. p. 09 c/c p. 15.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1: Curso de processo civil, p. 28.

²¹ Cf. DOYLE, William. **O antigo ...**, p. 11.

obra de Adam Smith²² bem como a escola dos fisiocratas franceses; no campo social, há os trabalhos de Voltaire, Diderot e dos enciclopedistas; na religião e na ciência, pregava-se o domínio da razão - o racionalismo iluminista.

É nesse ambiente que têm início os Estados Liberais.

2.2 O direito processual no Estado Liberal

O liberalismo se sustenta sobre o pilar do absenteísmo estatal em todas as esferas.

O Estado deveria se ocupar apenas em manter funcionando os mecanismos de mercado. É daí que vem a máxima do *laissez-faire, laissez-passer*²³. Isto significa que não havia preocupação em promover políticas públicas, proteger os menos favorecidos nem sequer atentar para o conteúdo e a substância das relações sociais.

Difundia-se a ideia de que o homem é livre para exercitar livremente seus talentos, garantir a sua preservação e melhorar suas condições de vida. Acreditava-se que o indivíduo é a única fonte de suas ações e deve obediência apenas a si mesmo. Aceitava-se o Estado como o representante e o instrumento da sociedade civil, mas ele deveria funcionar somente como instituto de preservação dos indivíduos, promulgando e mandando aplicar leis que garantissem a segurança de cada um e a livre busca pela felicidade.²⁴

Assim, são princípios elementares do Estado Liberal a segurança, a liberdade, a igualdade e a propriedade privada.

Aliás, a inviolabilidade da propriedade privada tornou-se quase um dogma nesta nova era.²⁵ O direito de liberdade, tão aclamado pelos revolucionários de 1789, incluía, também, a liberdade do indivíduo de fazer com a sua propriedade o que melhor lhe apossasse.²⁶

²² O livro Riqueza das Nações, de 1776.

²³ A tradução literal da expressão seria *deixai fazer, deixai passar*, mas Leo Huberman, em tradução livre, afirma que seria melhor contextualizada a tradução para *deixem-nos em paz* (Cf. HUBERMAN, Leo. **História da ...**, p. 138).

²⁴ Cf. MANENT, Pierre. **História intelectual do liberalismo**: dez lições. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Imago, 1990. p. 102.

²⁵ Leo Huberman destaca que o Código Civil francês, de 1804, também chamado Código Napoleão, deixa isso bem claro. Ele compõe-se de cerca de 2.000 artigos, e aproximadamente 800 deles cuidam da propriedade privada (Cf. HUBERMAN, Leo. **História da ...**, p. 151).

²⁶ Cf. HUBERMAN, Leo. **História da ...**, p. 138.

As ideias de representação e de divisão dos poderes são essenciais ao liberalismo. “A ideia de representação postula que não há poder legítimo senão o representativo, isto é, o que se baseia no consentimento daquele que se submete ao poder”²⁷. Por outro lado, no que tange à divisão dos poderes, observa-se que “cada poder tende a exercer seu poderio impedindo o outro de conseguir aquilo que quer. Assim, se amplia o que é chamado de ‘espaços de liberdade’ do cidadão”²⁸.

Acreditava-se que, havendo rígida delimitação dos poderes estatais, haveria mínima intervenção na esfera jurídica dos particulares.

O princípio da legalidade tornou-se a forma encontrada pela burguesia para frear os desmandos do regime que antecedeu ao Estado Liberal.²⁹

Lançam-se aqui as bases do Direito Constitucional, pois havia forte sentimento de que a existência de um texto normativo, consubstanciado nas constituições, seria imprescindível para confinar ou diminuir os poderes do Estado.³⁰

À Constituição cabia “estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências, proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos da liberdade”³¹.

É nesse contexto que se faz referência à primeira geração dos direitos fundamentais, compreendidos como os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional: liberdades civis básicas e direitos políticos.³² Eram entendidos como direitos de defesa em face do Estado ou também referidos como direitos civis de caráter negativo, porque consubstanciavam direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

O homem passou a ser visto como detentor de direitos naturais, sendo que tais direitos eram considerados anteriores ao Estado e, portanto, não necessitavam de uma ação do Estado

²⁷ MANENT, Pierre. **História intelectual** ..., p. 96.

²⁸ MANENT, Pierre. **História intelectual** ..., p. 97.

²⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral** ..., p. 25.

³⁰ Paulo Bonavides registra que as Constituições liberais são rígidas e “traduzem um sentimento de profunda e inevitável desconfiança contra o poder, aquela desconfiança ou suspeita clássica do liberalismo com a sua doutrina de valorização da Sociedade burguesa e individualista” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 225).

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de** ..., p. 229.

³² Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de** ..., p. 563.

para sua proteção; bastava que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos nem violados pelos outros indivíduos.³³

Ora, sob esta perspectiva de culto demasiado à liberdade, à individualidade e ao absentismo estatal, “cavou-se como que um profundo fosso”³⁴ entre a sociedade e o Estado. Aos olhos do Estado, os cidadãos eram todos iguais. É a ficção jurídica de que todos são iguais perante a lei, sob o aspecto da *igualdade meramente formal*. Não interessavam as diferenças individuais ou as necessidades específicas de cada cidadão. É como se o Estado Liberal lidasse com cidadãos *sem rosto*.

Cândido Rangel Dinamarco bem pontua que

Tudo isso era muito natural naquela quadra tão individualista que o mundo viveu no século XIX, o qual equacionava as relações entre Estado e indivíduo em termos tais que o princípio da autoridade vinha diluído entre exageradas aplicações do princípio da liberdade e para o qual a igualdade jurídica, mãe de tantas injustiças, era um animal sagrado em que não se devia tocar.³⁵

Estava-se deixando para trás o regime absolutista. A sociedade procurava libertar-se das amarras de um Estado que tudo *via* e em tudo interferia, de modo que este novo quadro econômico, político e social, tão influenciado pelas ideias do liberalismo e do absentismo, vai se refletir fortemente no direito processual e no tipo de tutela jurídica que agora o Estado passa a oferecer.

Neste contexto, prossegue o i. doutrinador paulista:

Naquele mundo ultraliberal, era natural também que o processo fosse visto como o campo onde os particulares travam o duelo de seus interesses substanciais e não um dos possíveis instrumentos para a realização publicística dos preceitos materiais contidos no ordenamento jurídico; era natural que se acreditasse ser escopo do processo a tutela jurídica de direitos ou de interesses privados [...].³⁶

Ainda, conforme nos ensina Salvatore Mazzamuto, o tipo de tutela jurisdicional oferecida pelo Estado Liberal

[...] não toma em consideração as diferentes necessidades e espécies de bens, ou mesmo pressupõe qualquer programa de proteção das posições sociais mais frágeis. Tal tutela jurisdicional, desejando apenas conservar em funcionamento o mercado na

³³ Cf. CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 09.

³⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de ...**, p. 226.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. I, p. 40-41.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do ...**, t. I, p. 40-41.

perspectiva do princípio da igualdade formal, ignorava as características e necessidades socialmente diversificadas dos contratantes, limitando-se a exprimir a equivalência das mercadorias.³⁷

O art. 1142 do Código Napoleão³⁸ reflete bem esta ideologia, ao dispor que toda obrigação de fazer e de não-fazer se resolve por perdas e danos em caso de inadimplemento. É fácil compreender que este princípio de que tudo se resolve com a tutela pelo equivalente monetário se difundiu e foi muito bem aceito porque atendia aos interesses da classe que detinha o capital. Os bens e os direitos têm igual valor e podem ser medidos pelo *metro* da pecúnia. Se os bens são equivalentes, a tutela pecuniária está de acordo com a lógica do sistema.

Deve-se salientar que os conceitos e institutos de direito processual que se formavam, nesse período, levavam em conta a ideia de que as formas eram essenciais para o regular andamento do processo, e as partes deveriam observá-las rigorosamente, sob pena de nulidade.

Pensava-se que, havendo regras muito bem determinadas, os poderes do juiz ficariam restritos. Roger Perrot registra que, de fato, o formalismo cumpriu importante papel na luta contra a arbitrariedade e nessa busca pela liberdade.³⁹ O Estado-juiz deveria abster-se de interferir na esfera individual dos cidadãos.

Teresa Arruda Alvim Wambier explica que

[...] foi com a Revolução Francesa que o centro de legitimação do poder transferiu-se para a vontade do povo. Da ideia de soberania popular surgiu a necessidade de submissão dos juízes à lei [...]. Garantir que o Poder Judiciário iria decidir com base na letra da lei era um modo de ter a certeza de que a vontade do povo seria cumprida, porque acreditava-se que o legislador traduzia a vontade geral. Como havia desconfiança em relação aos órgãos do Estado, preferia-se a rigidez das normas legais a qualquer espécie de liberdade do juiz.⁴⁰

³⁷ MAZZAMUTO, Salvatore. *L'attuazione degli obblighi di fare*, apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 48.

³⁸ O art. 1.142 do Código Civil Napoleônico estabelece que “*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur*”. Tradução nossa: “Toda obrigação de fazer ou de não fazer se resolve em prejuízos e interesses [perdas e danos], no caso de inexecução por parte do devedor”.

³⁹ Roger Perrot cita a lição de Rudolf von Jhering, segundo o qual “a forma é inimiga da arbitrariedade e irmã gêmea da liberdade”. Mas o festejado autor francês já adverte para o fato de que o formalismo cego, em excesso, significa afastamento de seus objetivos primordiais, conforme se verá adiante (Cf. PERROT, Roger. *Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 30, n. 02, p. 228-264, 1975. p. 251).

⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 490-492.

Da mesma forma, se no Estado Liberal todos são iguais, isto é, se vige o princípio da abstração de pessoas e bens, não há razão para que o juiz atue de maneira mais incisiva sobre o réu inadimplente.

O papel do juiz foi pensado a partir da ideia de neutralidade: ele não poderia interferir na esfera individual das partes, o que significa não interferir na esfera do réu. Não se concebia a ideia do julgador constringendo a vontade do obrigado, compelindo-o a cumprir aquilo que contratou.

Também aqui se insere a regra do art. 1142 do Código Napoleão, pois, com ele, procurou-se resguardar a liberdade do indivíduo em face da herança feudal em que medidas de coação poderiam recair sobre a pessoa do devedor.

Imperava o conceito de incoercibilidade das obrigações, de “intangibilidade da esfera de autonomia do devedor, a qual somente poderia ser invadida nos modos e através das formas tipicamente previstas na lei processual”⁴¹.

Jorge Pinheiro Castelo afirma:

A tutela da liberdade e da segurança da propriedade privada é o valor fundamental do processo liberal. Por isso, o devedor é fortemente garantido quando é proprietário. O procedimento executivo que visa atacar essa sua qualidade deve estar calcado na certeza, além de ser longo e complexo.⁴²

Também no que tange à interpretação e aplicação das leis, o juiz sofria restrições em sua liberdade. No campo da hermenêutica jurídica, nascia a Escola da Exegese, que defendia a perfeita identidade entre o texto legal e a norma, tomando a disposição normativa como um dogma, devendo o intérprete se limitar a pesquisar a *vontade do legislador*.⁴³ E foi assim que Montesquieu concluiu que o magistrado deveria ser apenas a *boca da lei (la bouche de la loi)*. Isso significa que o julgamento deveria ser um texto exato da lei, porque se acreditava que este texto seria suficiente para oferecer proteção aos direitos dos cidadãos.

Ovídio Araújo Baptista da Silva explica:

Como se sabe, o esforço da ilustração para obter um direito perfeitamente determinável e previsível não teve limites. Com o objetivo de impedir o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil, as leis haveriam de determinar-se de tal modo que a função judicial reduzir-se-ia à pura aplicação do texto legal. Uma

⁴¹ MANDRIOLO, Crisanto *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual** ..., p. 35.

⁴² CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. São Paulo: LTr, 1999. v. I, p. 137.

⁴³ Cf. PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. **Instrumentalismo substancial** ..., p. 94.

indeterminação do sentido da lei, que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito, em última análise em legislador, afigurava-se contraditória com a doutrina da divisão dos poderes.⁴⁴

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, assevera que, na obra em que Montesquieu idealizou a teoria da separação dos poderes (*De l'esprit des lois*),

o 'poder de julgar' deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, não produtiva de 'direitos novos'. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria também o poder de executar materialmente as decisões que constituem o 'poder de julgar'. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, pois o julgamento deveria ser apenas 'um texto exato da lei'. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o 'poder de julgar' era, de qualquer modo, um 'poder nulo'.⁴⁵

A nova fase política que se instalou a partir de 1789 ainda refletia a desconfiança em relação aos juízes - desconfiança essa originária do período absolutista. Assim, para se enquadrar na lógica do sistema, o juiz idealizado pelo Estado Liberal deveria ser um *mero burocrata*.

Nas palavras de Ovídio Araújo Baptista da Silva:

[...] a busca de *certeza do direito*, como ideal do racionalismo, exacerbada pela desconfiança com que a Revolução Européia encarava a magistratura, em virtude de seus compromissos com o *Ancien Régime*, que conduziu à era das grandes codificações do direito europeu, acabaram criando um *sistema burocrático* de organização judiciária que, por sua vez, contribuiu igualmente para a assimilação da função judicial à carreira de um funcionário público comum, rigorosamente submetido ao controle tanto das cortes judiciárias superiores quanto, especialmente, dos órgãos do Governo.⁴⁶

Ainda, de acordo com os ideais liberais, exigiam-se julgamentos com base em cognição⁴⁷ exauriente⁴⁸. O juiz não poderia julgar com base em verossimilhança⁴⁹, porque se

⁴⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 104, fazendo referência a Karl Engisch, na obra *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral** ..., p. 27.

⁴⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e ...**, p. 103, fazendo referência a Vittorio Denti, na obra *Un progetto per la giustizia civile* (destaques no original).

⁴⁷ Cognição é a relação que se estabelece entre o juiz - sujeito cognoscente - e os fatos da causa - objeto cognoscível. (Cf. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Processo cautelar**: parte geral. São Paulo: LTr, 1997. n. 17: Perguntas e respostas sobre assuntos polêmicos em opúsculos específicos, p. 06).

⁴⁸ Para compreender os *graus* ou *níveis* de cognição, é oportuno lembrar a lição de Kazuo Watanabe, que diseca a cognição nos planos horizontal e vertical. No plano horizontal, diz respeito à extensão, à amplitude e às matérias a serem conhecidas (por exemplo, questões processuais, condições da ação, mérito). A cognição, vista sob este aspecto, pode ser plena (ampla) ou limitada (parcial). No plano vertical, examina-se o grau de profundidade, sendo que a cognição pode ser completa (exauriente) ou sumária (incompleta, superficial) (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000).

⁴⁹ Conforme a lição de Kazuo Watanabe referida na nota supra, a expressão *verossimilhança*, no texto, significa cognição sumária, isto é, superficial.

corria o risco de haver dois julgamentos: um, antes, quando produzida a prova parcial e outro, depois, quando todas as provas tivessem sido produzidas. Mas se a lei é uma só, não se podia admitir tal situação.

Ora,

se a função do julgador é descobrir a verdade, então suprime-se de seu campo de atividade qualquer autonomia crítica capaz de permitir-lhe, sob o mesmo texto legal, a construção de duas ou mais soluções, segundo critérios valorativos diferentes. [...] Trata-se, portanto, como tarefa atribuída ao julgador, da determinação da verdade dos fatos submetidos a julgamento, de modo que, esclarecidas as questões probatórias, nada mais lhe resta a fazer senão proclamar (declarar) a solução previamente dada pela lei.⁵⁰

Some-se a isso a busca dos cidadãos pela segurança jurídica, que eles acreditavam poder atingir se o julgamento ocorresse apenas depois de elucidados todos os fatos componentes do litígio. Sob esta ótica, portanto, a cognição exauriente seria sinônimo de segurança jurídica.

Foi nesse contexto que sobreveio o princípio de que a execução só pode existir depois de exaurida a fase de cognição, pois é nesta última que se permite às partes a demonstração de suas alegações e, se comprovada a existência do direito afirmado pelo autor, tem lugar a condenação. Daí a máxima *nulla executio sine titulo*⁵¹.

O processo de conhecimento deveria ser, portanto, separado do processo de execução, porque o juiz não poderia concentrar todo esse poder. E aqui, mais uma vez, quando se pretende limitar os poderes do juiz, está-se diante da desconfiança do liberalismo em relação aos magistrados, que eram comprometidos com o Antigo Regime.

Deve-se destacar, ainda, que esse princípio de que a execução só poderia existir depois de exaurida a fase de conhecimento gera, como consequência, a não-aceitação da execução provisória. Esta era uma figura impensável, vista como *anormal* na lógica do sistema liberalista.

Se o juiz estava encarregado de apenas pronunciar as palavras da lei, ele não poderia passar aos atos de execução, se esta não estivesse precedida da cognição, sob risco de

⁵⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e ...**, p. 116.

⁵¹ A tradução seria *não há execução sem título*. O objetivo é que se desenvolva a fase de conhecimento, de maneira completa, para que se chegue a uma sentença condenatória (que é o título executivo) e só depois se passe à fase de execução.

conceder alguma espécie de tutela a quem a ordem jurídica ainda não atribuía direito algum⁵².

Ovídio Araújo Baptista da Silva anota que

o princípio que prescreve a neutralidade do juiz, no curso da demanda, é o mesmo que impede a existência simultânea de conhecimento e execução, pois o eventual conteúdo executório, numa ação que, pela doutrina, haveria de ser exclusivamente de conhecimento, permitiria a concessão de tutela executiva antecipada, sob forma de liminar [...] e isto seria atribuir ao juiz uma faculdade incompatível com a exigência de sua neutralidade. Seria conceder-lhe poder para ordenar, antes de estar em condições de aplicar a lei. Em última análise, seria outorgar-lhe uma dose de discricionariedade inconciliável com a função que o Estado lhe reserva.⁵³

Deve-se salientar, também, que o mote absenteísta do Estado Liberal provocou, ainda, a formação de um conceito de direito de ação como simples direito de ir a juízo. Bastaria que o cidadão tivesse garantido o seu direito formal de apresentar sua pretensão em juízo, sendo proibido ao Estado obstaculizar o exercício de tal direito. Não importava se o cidadão teria condições de efetivamente usufruir do direito: bastava garantir-lhe o direito *formal* de ação.⁵⁴

Assim, tendo em vista este cenário dos princípios informadores do Estado Liberal e dos reflexos que eles causaram no direito processual, pode-se concluir que o procedimento que atenderia à lógica do sistema liberal seria aquele cheio de regras e formalidades, com indicações precisas a respeito dos direitos, deveres e faculdades das partes e do juiz. Seria um procedimento único e padronizado, porque os cidadãos são todos iguais. Seria padronizado, ainda, porque os bens e direitos também são todos iguais e podem ser *substituídos* pelo seu equivalente monetário. De igual maneira, seria um procedimento único para que pudesse ser aplicado por um julgador com poderes limitados, isto é, um *mero burocrata*. Seria um procedimento caracterizado, ainda, pela busca incessante da verdade e da certeza, e isso fez dele um procedimento lento, longo e custoso. Mas as partes no processo do Estado Liberal seriam, *idealmente falando*, cidadãos de posses, aqueles que não precisam do processo para garantir seus bens essenciais, ou seja, a burguesia que, dispondo de reservas econômicas, pode suportar esta demora.⁵⁵

A legislação francesa da primeira metade do século XIX exerceu grande influência sobre todo o direito continental europeu e é precisamente o direito processual de raízes

⁵² Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e ...**, p. 106.

⁵³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e ...**, p. 106.

⁵⁴ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual ...**, p. 46.

⁵⁵ Cf. CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na ...**, v. I, p. 37.

liberalistas, resultado da vitória da grande Revolução de 1789, que vai dar origem à formação do ramo processual como ciência autônoma. Foi na Alemanha que teve início uma verdadeira renovação científica em torno do direito processual.

Merece destaque a obra de Oskar von Bülow, de 1868, em que ele desenvolve a teoria da relação jurídica processual, colocando-a como hipótese de trabalho básica da ciência do processo.⁵⁶

Este é apontado como o marco inicial da autonomia científica do direito processual. É a partir de então que ganham força os estudos que se debruçam sobre os conceitos fundamentais do processo, configurando a fase que se denominou de conceitualismo ou abstracionismo.

Antes de Oskar von Bülow,

as normas do processo eram feitas segundo ditames exclusivamente práticos e estudadas pelo critério meramente exegético, à moda dos velhos praxistas, não havendo uma construção segura dos institutos processuais e muito menos uma coordenação harmoniosa entre eles.⁵⁷

Esse movimento de conferir sistematização ao direito processual, para lhe dar contornos de ciência autônoma, teve início na Alemanha e prosseguiu na Itália com a chamada Escola Sistemática. Essa escola procurou delinear conceitos para conferir autonomia ao ramo processual civil, preocupando-se em desvinculá-lo do direito material e tentando evidenciar, ainda, a natureza pública do processo.

José Frederico Marques assinala que “o novo processualismo científico partiu da conceituação publicística do processo civil e da ideia de autonomia do direito de ação, para infundir, em seguida, maior precisão sistemática ao estudo das categorias processuais, submetendo-as a rigorosa metodologia”⁵⁸.

É certo que isso significou grande avanço, se comparado ao anterior método exegético, próprio das tendências de origem francesa, mas não significou mudança de ideologia, pois tudo ocorreu ainda sob o peso dos valores liberais.⁵⁹

⁵⁶ *Die Lehre von den Prozeßreden und die Prozeßvoraussetzungen*, obra que, na versão de língua espanhola, recebeu o título de *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*.

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do ...**, t. I, p. 40.

⁵⁸ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. v. I: Teoria geral do processo civil, p. 43.

⁵⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual ...**, p. 41-43.

Em verdade, a Escola Sistemática se excedeu em sua missão e acabou provocando o isolamento do processo, distanciando-o do direito substancial.

O direito processual pode ser autônomo em relação ao direito material, como de fato o é; mas não pode ser neutro e indiferente às variadas situações do direito substancial e à realidade social que o circunda. A Escola Sistemática acabou confundindo autonomia com neutralidade. Da mesma forma com que confundia imparcialidade com a neutralidade do juiz.⁶⁰

A *neutralidade* pregada no ideal liberalista foi confundida com *indiferença* a valores sociais e políticos.

É claro que deve ser reconhecida a importância da busca pela autonomia, em que se firmaram institutos e conceitos conformadores do direito processual.

Nas palavras de Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich:

O sistema [o sistema processual pensado sob a influência do Liberalismo e do Positivismo], se por um lado é de incontestáveis virtudes científicas e de inegável preocupação com o acerto da decisão, por outro, pode, como de fato se viu que não raro acontece, converter-se em uma longa e fatigante espera para aquele que tenha razão no processo, submetendo-o a um desgaste físico e mental que nenhuma reparação pecuniária futura seria suficiente para aliviar.⁶¹

Assim, em exagero, a autonomia levou ao isolamento, ao formalismo puro, à tutela pelo equivalente monetário⁶², levou, enfim, ao mito da uniformidade procedimental.

Como bem pontuam José Roberto Freire Pimenta e Lorena Vasconcelos Porto:

a aplicação do procedimento ordinário, de cognição plena, a todas as situações, ignorando a diversidade do direito e das pessoas deles titulares, bem como as necessidades da realidade social, se atende ao princípio liberal da igualdade meramente formal, viola frontalmente o princípio democrático da igualdade substancial, pois trata de forma igual sujeitos e situações desiguais.⁶³

A igualdade meramente formal de todos perante a lei veio como tentativa de eliminar os injustos privilégios medievais remanescentes - distinções que eram feitas em virtude das

⁶⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual** ..., p. 44-45.

⁶¹ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. **A tutela** ..., p. 62.

⁶² Oportuno citar a lição de Marcelo Lima Guerra, que traz a distinção entre tutela específica e tutela pelo equivalente monetário (também denominada tutela genérica). Na tutela específica, o objetivo é proporcionar ao vencedor da ação (o credor) a satisfação do direito tal qual pretendido e representado no título executivo. Na tutela genérica, o que se proporciona ao credor é apenas o equivalente pecuniário do direito originariamente postulado (Cf. GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 39).

⁶³ PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. **Instrumentalismo substancial** ..., p. 98.

origens, do nascimento, da classe ou da profissão. Acontece que essa postura significava que as diferenças concretas, reais entre os cidadãos passaram a ser ignoradas pelo Estado e isso gerou distorção, injustiça, desigualdade e exclusão social.

É assim que tem início um movimento em sentido contrário, no qual se pretende rever a atuação estatal, negando-se a postura absenteísta e passando-se a aceitar algumas formas de intervenção do Estado.

2.3 Estado Social ou Estado do Bem-Estar Social

Em fins do século XIX e na primeira metade do século XX, começam a se formar as bases do Estado Social, o qual vai se firmar com o *crash* da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929.

As mudanças no campo político, econômico e social vão se refletir, novamente, na esfera jurídica.

O Estado retoma a sua função intervencionista e passa a atuar, por exemplo, por meio de políticas públicas, incentivos fiscais e leis protecionistas. Sua presença se faz sentir de maneira mais firme em todas as esferas, o que, obviamente, repercute na esfera individual dos cidadãos e na maneira de enxergar o direito, tanto no seu ramo material, quanto no processual.

Antes, no período do absolutismo, a atuação da lei colaborava para prescrever e perpetuar privilégios de uma minoria da população - os chamados primeiro e segundo estados. Depois, no Estado Liberal, teve lugar o princípio da igualdade, mas ainda se tratava de igualdade meramente formal, na qual o legislador se recusava a enxergar a patente desigualdade que existe entre os cidadãos. Agora, caberia ao Estado suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real. A lei deveria vir como forma de eliminar ou, pelo menos, de tentar atenuar privilégios, na busca da igualdade substancial.

O intervencionismo estatal serviria não para reforçar as desigualdades, legitimando o poder de uma classe sobre outras, mas para promover ativamente a igualdade substancial, a liberdade real e a dignidade de todas as pessoas. Nesse contexto, a atuação estatal passa a ser compreendida de forma positiva.

Estava-se, ainda, numa fase inicial de mudança de mentalidade, em que o Estado

Liberal se encontrava em crise, mas o novo modelo ainda não se havia instalado por completo.

Destaca-se, nessa nova fase, a importante conquista do reconhecimento dos direitos sociais e sua elevação ao patamar constitucional - o chamado Constitucionalismo Social⁶⁴.

Está-se diante da segunda geração dos direitos fundamentais. As Constituições vão passar a abrigar os direitos sociais, culturais e econômicos. Não se fala mais em limitar a atuação do Estado, para que ele assuma a postura de mero garantidor dos direitos e liberdades individuais. Agora, ele deve ser atuante, porque os indivíduos são credores de uma atuação estatal. O Estado deve realizar prestações positivas e serviços públicos para suprir carências da coletividade.

Nas palavras do e. Ministro José Roberto Freire Pimenta:

Embora sob diferentes formas de organização política, a partir de 1918 configurou-se aquele novo paradigma, que visava fundamentalmente a consagração dos novos 'direitos de segunda geração' (direitos coletivos e sociais) mas também a redefinição e a materialização dos de primeira geração (os direitos individuais). A liberdade deixa de ser considerada o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, baseando-se agora na existência de todo um conjunto de leis sociais que internalizam uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material e que dão tratamento juridicamente privilegiado ao lado social ou economicamente mais fraco das relações sociais. Os direitos individuais são relativizados, deixando de ser vistos como verdades absolutas, de cunho racional. A propriedade privada não é admitida mais em termos absolutos, ficando condicionada ao seu uso em conformidade com sua função social. Desaparece a distinção ontológica entre o Direito Público e o Direito Privado, a qual subsiste para fins meramente didáticos. Todo o Direito assume dimensão pública, imposição de um Estado colocado acima da sociedade, uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação. O Estado subsume toda a dimensão do público e tem que prover os serviços inerentes aos direitos da segunda geração à sociedade.⁶⁵

Tem início a compreensão do processo como um instrumento a serviço dos direitos materiais, ou seja, o meio para concretização de tais direitos. Como os direitos são diversificados e assim também o são seus titulares, ressalta a importância de proporcionar diferentes formas de tutela, que possam se amoldar à diversidade de situações, de necessidades e de anseios dos cidadãos. A estrutura do processo deve se adaptar à natureza da lide.

O mito da uniformidade procedimental precisava ser superado, assim como a ideia de que tudo se resolvia em perdas e danos (tutela pelo equivalente monetário), pois a tutela

⁶⁴ Sendo pioneiras a Constituição do México, em 1917, e a da Alemanha de Weimar, em 1919.

⁶⁵ PIMENTA, José Roberto Freire. **A tutela antecipatória** ..., p. 47.

jurisdicional deve variar em função da natureza do direito a ser protegido. Tinha início a formação da mentalidade sobre a necessidade da *tutela específica*. Este tipo de tutela objetiva proporcionar àquele que obteve o reconhecimento judicial de sua pretensão o direito de receber exatamente aquilo que buscava - o bem, o direito, o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer - e não o seu correspondente pecuniário.⁶⁶

Além disso, verificou-se que o excesso de formalismo e a supervalorização das garantias processuais provocavam lentidão no sistema judicial. Nas prestigiosas palavras de Cândido Rangel Dinamarco “não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para seus fins”⁶⁷.

No contexto do Estado Social, compreendeu-se, também, que o juiz não poderia ser neutro nem insensível; ele teria, sim, que ser imparcial e isento. Mas, uma vez que ele está inserido na realidade político-social em que vive, deve se preocupar com os efeitos sociais, políticos e econômicos a que a sua decisão poderá conduzir. Não tem mais guarida a função do juiz propalada por Montesquieu, como mera *boca da lei*.

Ora,

[...] a realidade da vida que chega ao juiz, no drama de cada processo, é muito mais complexa e intrincada, solicitando dele uma sensibilidade muito grande para a identificação dos fatos e enquadramento em categorias jurídicas, para a descoberta da própria verdade quanto às alegações de fato feitas pelos litigantes e sobretudo para a determinação do preciso e atual significado das palavras contidas na lei. Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo -, eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar.⁶⁸

Precisava-se, também, de reformular o conceito de direito de ação ou direito de acesso à justiça. Não bastava mais o seu conceito meramente *formal*, como simples direito de ingressar em juízo.

Neste período iniciam-se estudos sobre os obstáculos que deveriam ser superados para garantir um efetivo acesso à justiça, considerando-se, principalmente, as condições

⁶⁶ Pode-se citar um exemplo para ressaltar a diferença entre a tutela de origem liberalista e a tutela específica a que agora se pretendia dar relevo: se são afixados cartazes publicitários que configuram concorrência desleal, àquele que está sendo prejudicado interessa muito mais (e com mais urgência) a retirada dos cartazes (isto é, a remoção do ilícito) do que a indenização pelos prejuízos sofridos (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual** ..., p. 55).

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 128.

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade** ..., p. 196.

socioeconômicas daqueles que necessitam recorrer ao Poder Judiciário em busca de uma prestação jurisdicional. Alguns anos mais tarde, na década de 1970, tem lugar a célebre obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, discorrendo sobre os pontos merecedores de atenção para tornar o acesso à justiça um direito real e efetivo.⁶⁹

Contudo, é preciso compreender que a mudança foi gradual. Por mais que tenha havido conquistas positivas, por exemplo, no plano do direito material, em relação à constitucionalização dos direitos sociais, ainda havia carência de garantias processuais, ou seja, carência de técnicas e meios procedimentais para dar efetiva proteção e efetiva realização a tais direitos.

Nas autorizadas palavras do i. professor José Roberto Freire Pimenta:

A luta [...] não se esgota com a edição de normas constitucionais e legais que proclamem o direito de todos à igualdade: ao contrário, este é somente o primeiro passo para a concretização desse ideal.

É que o direito material, por mais fundamental que seja, por si só, é impotente para mudar velhos e arraigados hábitos socioculturais e para implantar, na esfera decisiva da realidade, novos e mais civilizados padrões de comportamento que o legislador consagrou como modelos, no campo ainda abstrato das normas jurídicas. Em caso de descumprimento destas, a nova vontade concreta da lei, por mais justa que seja, só será eficaz se os interessados [...] reagirem de forma regular, acionando a função jurisdicional do Estado contra os infratores de seus direitos, e se o aparato estatal for capaz de compelir estes últimos, em tempo útil, a concederem aos beneficiários das normas os bens da vida (materiais ou imateriais) que a ordem jurídica em tese já lhes assegura.⁷⁰

A mentalidade em torno da necessidade da predisposição e da plena utilização desses mecanismos processuais foi ganhando força a partir da segunda metade do século XX, num terceiro momento da evolução do direito processual - a chamada fase do Estado Democrático de Direito.

⁶⁹ Os autores vislumbram três pontos merecedores de atenção especial: (a) a assistência judiciária; (b) a criação de instrumentos de tutela de direitos metaindividuais e (c) a eliminação dos exageros formalistas. No primeiro ponto, destacam-se aspectos econômicos e sociais. Levando em conta que a maior parte da população não dispõe de recursos materiais nem de suficiente informação e que o processo representa um alto custo, preocupa-se com meios de proporcionar que mais gente tenha acesso ao Judiciário, ainda que essas pessoas estejam desacompanhadas de advogados. No segundo ponto, destaca-se que a sociedade se transformou numa sociedade de massas e que a resolução dos conflitos de forma individual e atomizada não mais atende à evolução e aos anseios da referida sociedade. Então, buscam-se soluções de forma coletiva ou molecularizada. O último ponto visa ao equilíbrio, rejeitando os exageros de formalismo que são próprios do liberalismo, mas evitando-se chegar ao extremo oposto, que seria a ausência de formas (Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**).

⁷⁰ PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos processuais na luta contra a discriminação, na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000. p. 169.

2.4 Estado Democrático de Direito ou Estado Pós-Social ou Estado Constitucional

Para os autores que cuidam dessa fase de forma destacada em relação ao período anterior, diz-se que o Estado Democrático de Direito teve seu início em meados do século XX, nos anos de 1945-1950, no segundo Pós-Guerra, e vai se consolidar na década de 1970.

É o terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade, o qual teve início com o Estado Social, e que se busca aperfeiçoar agora, por meio do Estado Democrático de Direito.

Pode-se dizer que, em relação ao Estado Liberal, a segunda etapa, consubstanciada pelo Estado Social, representa um movimento de *superação* dos obstáculos anteriormente encontrados (o isolamento, o formalismo exacerbado, a uniformidade procedimental). Já na passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, o movimento é de *aperfeiçoamento*, aproveitando as conquistas anteriores.

Os países do continente europeu, nesse período do pós-guerra, e os países latino-americanos, um pouco mais tarde, já nas décadas de 1970-1980, vão viver suas experiências democratizantes, o que trará importantes reflexos no mundo jurídico.

A mudança mais significativa que se percebe diz respeito à carga axiológica que se pretende imprimir ao direito como um todo e, em especial, ao seu ramo processual.

Constatou-se que as normas jurídicas não podem estar distanciadas de valores éticos, pois, a considerá-las apenas em seu rigor técnico e formal, viu-se que se podia chegar a extremos como nos regimes totalitaristas⁷¹, sem necessidade de uma *violenta* ruptura da legalidade.

É Piero Calamandrei, em seu famoso discurso *Processo e Giustizia*, proferido na inauguração do Congresso Internacional de Direito Processual, ocorrido em Florença, em 1950, que bem demonstra a perplexidade e a tristeza dos juristas que olharam para os anos de guerra, fazendo um exame de consciência:

A produzir este senso angustiante de desânimo, tem concorrido um dos fatos mais típicos e perturbadores, para nós juristas, desta crise da civilização: o fato de que o generalizado retorno à bestialidade coletiva não se tenha produzido em forma de escancarada ruptura da legalidade, como fúria de instinto animal, sem lei,

⁷¹ São exemplos o nazismo na Alemanha, o fascismo na Itália, o franquismo na Espanha e o salazarismo em Portugal.

direcionado ao assassinato e ao saque, mas sim que se tenha disfarçado de exercício de autoridade, acompanhado das formas tradicionais do processo, daquelas formas que todos estávamos habituados a considerar como garantias de pacífica justiça. [...] se nestes anos, milhares e milhares de vezes a sentença tem servido, em todo o mundo, para dar forma oficial de legalidade ao assassinato e ao latrocínio, se estas formas que pareciam garantia de justiça se têm prestado tão docilmente a fazer parecer como respeitáveis os mais abomináveis extermínios e as manifestações dos mais bestiais instintos criminais, como podemos seriamente continuar a ter fé na ciência que tem elaborado estes mecanismos, dispostos a servir a qualquer 'patrão'?'⁷²

Assim, as Constituições elaboradas sob este influxo pretendem abrigar direitos e garantias fundamentais abalizados pelos valores da democracia, tais como participação, pluralidade, cidadania, representatividade, soberania popular e bem-comum.

Os valores fundamentais de igualdade, liberdade e justiça vão ter seu conceito, significado e dimensão moldados pela ordem constitucional. E isso vai se refletir nos contornos dos princípios processuais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Ganha corpo, então, o princípio da supremacia constitucional, pois é neste texto normativo que se encontram os valores fundamentais que devem nortear todo o ordenamento jurídico do país.

José Roberto dos Santos Bedaque afirma que o processo passa a ser permeado de valores éticos, “exatamente aqueles que norteiam a própria Constituição. Cada país tem seu modelo processual-constitucional construído em conformidade com as opções ideológicas dominantes”⁷³.

Além de direitos individuais e sociais, as Constituições vão abrigar, agora, os direitos fundamentais de terceira geração, que são aqueles direitos voltados para o gênero humano, em que se observa uma dimensão coletiva preponderante; são os chamados interesses difusos, podendo-se citar, como exemplo, o direito à higidez do meio ambiente. Também vão ser

⁷² CALAMANDREI, Piero. Processo e giustizia. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. I, p. 273-290, 1950. p. 276, tradução nossa de: “*A produrre questo senso angoscioso di smarrimento, ha concorso uno dei fatti più tipici e più conturbanti per noi giuristi, di questa crisi di civiltà: il fatto che il generale ritorno alla bestialità collettiva non sia avvenuto in forma di aperta rottura della legalità, come furia di istinti belluini scatenati senza legge all’assassinio e al saccheggio, ma si sia travestito da esercizio di autorità, accompagnato dalle forme tradizionali del processo, da quelle forme che tutti eravamo abituati a considerare come garanzie di pacifica giustizia. [...] se in questi anni, migliaia e migliaia di volte la sentenza ha servito in tutto il mondo a dar forma ufficiale di legalità all’assassinio e al latrocínio, se queste forme che parevano garanzia di giustizia si son prestate così docilmente a fare apparir rispettabili i più abominevoli estermi e gli sfoghi dei più bestiali istinti criminali, come possiamo sul serio continuare ad aver fede nella scienza che ha elaborato questi meccanismi, disposti a servire ogni padrone?*”.

⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência - tentativa de sistematização. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 64.

aperfeiçoados os direitos de primeira e segunda geração, para que sejam moldados pela nova ordem constitucional.

Ao lado de tudo isso, as Constituições vão também se caracterizar pela enumeração de normas-princípio que visam à garantia de todos esses direitos fundamentais. Constituição e processo iniciam uma relação de reciprocidade, que pode ser vista sob dois ângulos, conforme nos ensina Cândido Rangel Dinamarco⁷⁴:

- a) sob o ângulo da tutela constitucional, também denominado de constitucionalização do processo (é como se existisse um vetor partindo da Constituição em direção ao processo): a Constituição dita as regras fundamentais e princípios a serem observados na construção e desenvolvimento empírico da vida do processo; os princípios processuais são alçados ao nível constitucional; busca-se a conformação dos institutos de direito processual e seu funcionamento aos princípios que descendem da ordem constitucional (inafastabilidade da tutela jurisdicional, ampla defesa, contraditório, igualdade entre as partes, juiz natural e devido processo legal). Como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático nela proclamados;
- b) sob o ângulo da jurisdição constitucional ou justiça constitucional (o vetor, agora, parte do processo em direção à Constituição): o processo é instrumento para preservação da ordem constitucional. Além disso, ao dar atuação às normas legais ordinárias, ele também está, em última análise, valendo como penhor da observância dos valores constitucionalmente amparados. Neste contexto se insere o controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos para tornar efetiva a supremacia constitucional; busca-se preservar as garantias oferecidas pela Constituição e dar-lhes efetividade também, por meio de remédios processuais que agora encontram abrigo na Carta Magna para fazer valer os valores que ela mesma elegeu; deve-se compreender a instrumentalidade do sistema processual em relação à ordem social, econômica e política representada pela Constituição e pelas leis ordinárias. Ademais, esta esfera engloba também mecanismos especiais destinados a assegurar a certos direitos fundamentais uma tutela jurisdicional particularmente forte e diferenciada.

Ainda fazendo uso das preciosas lições de Cândido Rangel Dinamarco, observa-se que:

⁷⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade** ..., p. 24-27 c/c p. 312.

Acabou-se o tempo em que o direito processual mesmo era visto e afirmado como mera técnica despojada de ideologias ou valores próprios, sendo sua exclusiva função a atuação do direito substancial. A consciência dos modos como o exercício da jurisdição interfere na vida das pessoas levou os estudiosos do processo a renegar essa pouco honrosa missão ancilar e assim inseri-lo no contexto das instituições sociais e políticas da nação, reconhecida sua missão relativa à felicidade das pessoas (bem-comum). Daí falar-se nos escopos sociais do processo, em seus escopos políticos e só num segundo plano em seu escopo jurídico de dar atuação à lei material. Afinal, processo e direito material compõem a estrutura jurídica das nações e acima da missão de um perante o outro para a grande responsabilidade de ambos perante os membros da comunidade.⁷⁵

Esta nova visão que se forma em torno do direito processual, atenta à sua carga axiológica, vai se refletir, ainda, na postura do juiz.

José Roberto Freire Pimenta assinala com propriedade:

O Direito pretende tornar-se participativo, pluralista e aberto e passa-se a exigir do juiz uma atuação muito mais sofisticada, ativa e, portanto, efetiva. Esta, por um lado, deverá resultar em uma prestação jurisdicional que não se limite à aplicação mecânica e meramente racionalista de um conjunto sistematizado e hierarquizado de regras, como pregava o positivismo jurídico, priorizando ao invés a aplicação ponderada e construtiva dos princípios constitucionais que sempre estão subjacentes a todo e qualquer caso, por mais simples que ele possa aparentar ser. Por outro lado, deverá ele sempre levar em conta as peculiaridades e especificidades decisivas do caso concreto, para encontrar a única solução acertada do conflito submetido a seu julgamento, por definição irrepitível.⁷⁶

Pode-se dizer, então, que o processualista das últimas décadas tomou consciência de que os resultados a serem obtidos por meio do processo valem mais do que os conceitos e estruturas internas do sistema.

E apercebeu-se de que o bom processo é somente aquele que seja capaz de oferecer justiça efetiva ao maior número possível de pessoas - *universalizando-se* tanto quanto possível para evitar ilegítimos resíduos não-jurisdicionizáveis e aprimorando-se internamente para que a ideia de *ação* não continue sobreposta à de *tutela jurisdicional*. O processualista moderno sabe que muito menos vale a formal satisfação do direito de ação do que a substancial ajuda que o sistema possa oferecer às pessoas.⁷⁷

Conforme se verá no tópico seguinte, “a superação da concepção privatista do processo permitiu aos juristas uma consciência mais avançada sobre a exigência da efetividade da tutela jurisdicional, hoje conceituada como o *direito fundamental a um processo justo e efetivo*”⁷⁸.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do ...**, t. I, p. 302.

⁷⁶ PIMENTA, José Roberto Freire. **A tutela antecipatória ...**, p. 50.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do ...**, t. I, p. 303.

⁷⁸ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 14.

2.5 O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva

O contexto histórico traçado nos itens anteriores é de extrema importância para compreender o estágio atual do direito processual.

Adverte-nos José Roberto dos Santos Bedaque de que “o caráter instrumental do processo constitui premissa inafastável de qualquer estudo envolvendo temas relacionados a esse ramo do direito”⁷⁹.

Conforme visto alhures, não é recente a caracterização do processo como um *instrumento* a serviço dos direitos materiais. Trata-se de mentalidade que vem ganhando corpo desde meados do século passado e que visa a compreender o processo não como um *fim* em si mesmo⁸⁰, mas sim como um instrumento que existe em função das necessidades verificadas no plano das relações substanciais.⁸¹

São mais recentes, porém, o conteúdo e o contorno que se pretende imprimir à noção de instrumentalidade, sendo importante compreender, em linhas gerais, a função que se espera do processo nos dias atuais.

Deve-se frisar, uma vez mais, que o processo não pode ser apenas uma estrutura lógica e coerente. Ele não pode estar isolado e insensível à realidade do mundo no qual se insere. As regras de direito processual não têm valor absoluto, nem se sobrepõem às de direito material ou às exigências de pacificação social.⁸² É necessário conter o direito processual nos seus devidos limites, para evitar exageros, distorções e uma suposta ideia de autossuficiência.

Isso já foi esclarecido nos tópicos anteriores, especialmente quando se tratou do Estado Liberal, porque se viu que, a permanecer a ótica liberalista, o processo tende ao formalismo e ao isolamento.

Na realidade, o que se espera do processo é que ele seja comprometido com

⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 11.

⁸⁰ Sendo o processo um instrumento, seria natural perquirir quais seriam, então, seus objetivos ou os seus fins. É disso que Cândido Rangel Dinamarco trata, com maestria, em sua obra *A instrumentalidade do processo*, salientando que o processo tem escopos sociais, políticos, educacionais e jurídicos. De maneira resumida, podemos citar alguns destes escopos: pacificar com justiça, conscientizar os membros da sociedade a respeito de seus direitos e obrigações, promover a efetividade de três valores fundamentais (poder, liberdade e participação dos cidadãos) no Estado e na democracia para a estabilidade das instituições e atuação da vontade concreta do direito. Contudo, no presente trabalho, não nos cabe descer às minúcias de tais aspectos.

⁸¹ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 12.

⁸² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade** ..., p. 266.

resultados, isto é, que ele seja “capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas”⁸³. O processo tem que buscar sempre o seu potencial máximo, ou seja, a sua capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto social, jurídico e político. Deve ser estruturado de acordo com as necessidades do direito material e tem que ser compreendido, pelo juiz, como instrumento capaz de dar proteção às situações carentes de tutela.

Isso tudo nos remete à ideia de efetividade, ou, mais precisamente, remete-nos ao que hoje se denomina direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

O presente trabalho adota a expressão *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva* com base na preciosa lição de Marcelo Lima Guerra. Ele explica que os doutrinadores fazem uso de termos diversos para exprimir o mesmo conteúdo, citando-se, a título de amostragem, *garantia da efetividade da tutela jurisdicional*, *efetividade do processo*, *princípio do direito de ação*, *garantia do acesso à justiça*⁸⁴, entre outros. Contudo, em consonância com o renomado jurista, acredita-se que

há, na realidade, muito mais que uma mera opção terminológica em referir-se à efetividade da tutela jurisdicional como um *direito fundamental*. É que, assim, todas as garantias processuais já reconhecidas em doutrina e nos principais ordenamentos jurídicos (principalmente no plano constitucional) como relacionadas com a efetividade da tutela jurisdicional passam a gozar de regime e força jurídica especiais, próprios dos direitos fundamentais. A diferença, portanto, está, precisamente, no diverso *status*, ou melhor, na maior *força jurídica* que adquirem essas garantias, ao serem caracterizadas como direito fundamental.⁸⁵

Cabe-nos analisar, portanto, o conteúdo da referida expressão.

O Estado, ao proibir a justiça com as próprias mãos, chamou para si a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumindo, assim, o dever de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas. Se é vedada a autotutela, tem o Estado, como contrapartida, que oferecer proteção aos direitos lesados ou ameaçados. A apreciação do direito passa a significar, portanto, tutela jurisdicional. Mas essa tutela jurisdicional não pode ser uma resposta qualquer do Estado ao pedido formulado pelo cidadão - não pode ser apenas uma resposta formal. Ela deve ser uma resposta qualificada, apta a atender e realizar o interesse juridicamente protegido; tem que ser

⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 165.

⁸⁴ As expressões foram utilizadas, respectivamente, por Andrea Proto Pisani, José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Jr., Mauro Cappelletti e Bryant Garth *apud* GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 48-49.

⁸⁵ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 49, grifo no original.

útil, adequada e eficaz, pois o direito só se realiza verdadeiramente quando o seu titular pode dele usufruir tal como previsto no ordenamento jurídico pelas normas de direito material.⁸⁶

“É credor o cidadão, portanto, de uma prestação estatal, que não se materializa apenas no ato declaratório, mas, também e principalmente, na atuação do seu direito”⁸⁷.

Assim, conclui-se que o direito à prestação jurisdicional efetiva é de suma importância, porque significa o direito de fazer valer os próprios direitos; exige não apenas a proteção aos direitos fundamentais, mas a todos os direitos.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

o direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.⁸⁸

Nelson Luiz Pinto, por sua vez, afirma que

efetividade da tutela jurisdicional significa que todos devem ter pleno acesso à atividade jurisdicional estatal, sem qualquer óbice, ter a seu dispor meios adequados para a obtenção de um resultado útil do processo, isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material.⁸⁹

Ainda sobre o tema, importante destacar a lição de Joaquim Felipe Spadoni, que nos adverte para o fato de que

a falta de efetividade e adequação da prestação jurisdicional para compor o litígio de forma justa pode representar [...] sério risco à legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade [...]. A ordem social e a soberania estatal restariam ameaçadas, já que a razão e a aceitação da publicitação da justiça estariam maculadas, fazendo com que a composição dos litígios retornasse aos domínios da força ou da boa-fé.⁹⁰

Deve-se, pois, assegurar às partes o amplo e efetivo acesso à justiça, o que significa avaliar a situação econômico-financeira, o acompanhamento por profissional adequado, a existência de mecanismos para defesa de direitos metaindividuais e também de mecanismos

⁸⁶ Cf. SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 72-94, abr./jun. 2003. p. 72-73.

⁸⁷ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. **A tutela** ..., p. 12.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual** ..., p. 144.

⁸⁹ PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 105, p. 43-63, jan./mar. 2002. p. 48.

⁹⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das ..., p. 74.

para tornar a decisão exequível em tempo justo e útil.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva provoca, ainda, reflexos na postura do legislador e do julgador.

O primeiro encontra-se vinculado pelo dever de colocar à disposição da jurisdição uma estrutura administrativa adequada e técnicas processuais idôneas que realmente permitam prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva, isto é, técnicas processuais capazes de permitir a proteção das diversas situações conflitivas que se apresentam na realidade social.⁹¹

Já no que tange ao juiz, ensina-nos Marcelo Lima Guerra que, a partir da efetividade da tutela jurisdicional, extraem-se três princípios diretamente relacionados e aplicáveis à atividade jurisdicional, que são:

a) o juiz tem o *poder-dever* de negar a aplicação à lei infraconstitucional, na medida e na extensão em que se revele, no caso concreto, contrária a um direito fundamental, ou mesmo impondo-lhe limitações excessivas; b) em toda sua atuação jurisdicional, a atividade hermenêutica do juiz submete-se ao princípio da *interpretação conforme à Constituição*, no seu duplo sentido de impor que a lei infraconstitucional seja sempre interpretada, em primeiro lugar, *tendo em vista a sua compatibilização com a Constituição*, e, em segundo lugar, de maneira a adequar os resultados práticos ou concretos da decisão o máximo possível ao que determinam os direitos fundamentais em jogo; c) o juiz tem o *poder-dever* de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar as medidas que se revelem necessárias para melhor atender aos direitos fundamentais envolvidos na causa, a ele submetida.⁹²

Deve-se salientar, por fim, que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva também se manifesta nos ordenamentos jurídicos atuais pela tendência de eleger a tutela específica como modalidade prioritária de proteção aos direitos subjetivos, relegando a uma posição de mera subsidiariedade a tutela pelo equivalente monetário, isto é, apenas para as hipóteses em que for prática e juridicamente impossível a tutela específica.⁹³

José Carlos Barbosa Moreira bem resume a questão, por meio do *postulado da máxima coincidência possível*, segundo o qual o resultado do processo deve corresponder, o mais possível, à atuação espontânea do ordenamento jurídico.⁹⁴

A partir daí compreende-se que não tem mais guarida o conceito liberal de direito de ação como simples direito formal de ingressar em juízo ou como direito ao procedimento

⁹¹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral** ..., p. 208.

⁹² GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 52-54.

⁹³ Cf. GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 41-42.

⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. Temas de direito processual (quarta série) *apud* GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 55.

legalmente instituído.

O atual conceito de direito de ação perpassa pela capacidade do processo de atender de maneira idônea ao direito material - é o chamado instrumentalismo substancial. Assim, quando se fala em efetividade da tutela jurisdicional, está-se referindo a uma tutela que seja tempestiva (célere), adequada, eficaz, exequível, justa e obtida com a participação do autor e do réu, dentro do princípio do devido processo legal.⁹⁵

Ora, o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional tem como corolário a prolação de uma decisão que consubstancie proteção em conformidade com as necessidades do direito material e que adote técnica processual adequada. Deve ser, também, uma decisão passível de realização plena e concreta, mas, acima de tudo isso, tem que ser uma decisão proferida em tempo útil, que não sujeite as partes a delongas nem provoque o perecimento do direito objeto da pretensão.

Donaldo Armelin resume bem este cenário quando afirma que o processo será tanto mais eficaz quanto mais rápido for o seu resultado.⁹⁶

É dentro deste contexto que se deve iniciar o estudo em torno das tutelas de urgência, as quais serão objeto de exame no próximo capítulo.

⁹⁵ A referência que se faz à *participação* remete-nos à ideia de *democracia*, porque, conforme se viu no tópico anterior, é importante perceber a carga axiológica que permeia o processo.

⁹⁶ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar *apud* FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 52.

3 TUTELAS DE URGÊNCIA

3.1 O problema do tempo na duração dos processos

Conforme se viu no capítulo anterior, o processo de conhecimento traçado sob a ótica dos valores liberais funda-se na atividade de cognição realizada pelo julgador de maneira plena e exauriente. Há, ainda, predeterminação legal das formas, dos prazos e dos poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz. O contraditório se realiza de maneira antecipada, sendo que o julgador só profere sua decisão depois que ambas as partes tiveram oportunidade de demonstrar suas alegações. Por fim, em face dessas características anteriores, é que se atribui às decisões do processo padrão a autoridade de coisa julgada, nos aspectos formal e material.

É natural concluir que, para um processo assim se desenvolver em sua plenitude, exige-se um razoável transcurso de tempo em sua tramitação. Não é possível que ele se desenvolva em ato único e de forma imediata ou instantânea.

A propósito, assim se manifesta José Roberto dos Santos Bedaque:

Ainda que não se trate de duração patológica, o processo cognitivo, pela sua própria natureza, demanda tempo para efetivação dos atos a ele inerentes, possibilitando a cognição plena da relação substancial e a efetivação do contraditório. O dano sofrido pelo inadimplemento do direito seria, nessa medida, agravado pelo processo, cujo objetivo é exatamente restabelecer a normalidade no plano material.

O simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do processo cognitivo já configura dano ao seu titular.⁹⁷

Por outro lado, além de o tempo inerente ao desenvolvimento do processo padrão poder configurar, por si só, situação de perigo ou dano ao direito da parte, sabe-se que, durante este lapso de duração do processo, também podem ocorrer variações no estado das coisas e das pessoas, bem como nas relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio.

Luiz Fux registra que:

o próprio processo de ‘amadurecimento’ da decisão após a manifestação das partes [impõe] um lapso de tempo, por vezes prejudicial ao objeto do juízo, que, exatamente por isso, [fica] sujeito a mutações prejudiciais ao julgamento, quer por

⁹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 21-22.

força de atos maléficis perpetrados por uma parte contra o direito da outra antes do julgamento da causa, quer em função da própria natureza das coisas.⁹⁸

Além de se constatarem os perigos, ameaças ou danos que o decurso do tempo no processo pode trazer ao direito das partes, verifica-se, também, que a demora processual ocasiona lentidão e acúmulo de serviços no Poder Judiciário. Isto afeta a qualidade das decisões, pois o grande volume de processos faz com que o juiz fique mais suscetível a cometer erros. O excesso no volume de serviços dificulta, ainda, a busca pela verdade real, uma vez que irá transcorrer muito tempo desde a ocorrência dos fatos até a sua apuração e declaração na sentença. Este quadro, em conjunto, inibe o acesso à justiça e torna descreditado o Poder Judiciário.⁹⁹

Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich destaca que

a exacerbação das formas e a supervalorização das garantias processuais, prolongando excessivamente tal curso, impondo ao autor aflitiva espera para a fruição do seu direito, são verdadeiros venenos que se infiltram no tecido social, comprometendo a crença na vigência e na efetividade da ordem jurídica, fatores indispensáveis à preservação da ideia geral de ordem e de justiça.¹⁰⁰

É o que se passou a denominar de crise da justiça, sendo ela reveladora da insuficiência do processo padrão de conhecimento¹⁰¹ para atender a todas as necessidades do direito material.

Como bem pontua Teori Albino Zavascki, “se o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a tutela de mão própria, é seu dever fazer com que os indivíduos a ela submetidos compulsoriamente não venham a sofrer danos em decorrência da demora da atividade jurisdicional”¹⁰². E prossegue o renomado autor, salientando que a estes indivíduos devem ser

⁹⁸ FUX, Luiz. **Tutela de ...**, p. 19.

⁹⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 28-29.

¹⁰⁰ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. **A tutela ...**, p. 13.

¹⁰¹ Registre-se que, quando se utiliza a expressão *processo padrão de conhecimento* está-se fazendo referência ao processo de cognição plena e exauriente disciplinado no Título VIII do nosso CPC, como também ao procedimento ordinário do processo do trabalho, tratado a partir do art. 763 da CLT. É que o rito trabalhista pode ser diferenciado em relação ao rito padrão do CPC, porquanto goza de prazos próprios, geralmente reduzidos, e outras peculiaridades como a oralidade, a audiência una, a concentração dos atos processuais etc. Mas, visto de maneira geral, também o rito do art. 763 e seguintes da CLT tem as mesmas características e goza das mesmas garantias a que nos referimos no texto: predeterminação legal das formas, dos prazos, dos poderes, deveres e facultades processuais das partes e do juiz; amplo contraditório, que se realiza de maneira antecipada; decisão final com autoridade de coisa julgada. Assim, ao longo deste estudo, a expressão *procedimento ordinário* será usada como referência tanto ao rito padrão do CPC, como ao rito padrão da CLT.

¹⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 28.

assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização *fática* da sua vitória. O Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir - tanto quanto seja possível - a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.¹⁰³

Em consonância com o que foi dito no capítulo precedente, quando se discorreu a respeito do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, repita-se que ele compreende “não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos”¹⁰⁴.

A propósito, José Roberto dos Santos Bedaque assinala que a eficiência do processo, enquanto instrumento, é medida pelos resultados que produz, sendo que tais resultados, para serem eficazes, não podem demorar além do razoável, sob pena de se tornarem inúteis.¹⁰⁵

Dito de outra forma, “seria inócua a previsão da prestação jurisdicional sem que houvesse meios de proteção das condições ideais para que a justiça fosse efetivamente prestada”¹⁰⁶.

A partir da constatação deste cenário é que o legislador buscou estabelecer

mecanismos processuais mais ágeis e eficazes para a tutela específica e adequada de direitos materiais que, por sua natureza, eram na prática anulados pela demora inevitável que o procedimento ordinário e a sentença condenatória dele decorrente acarretavam para a sua satisfação.¹⁰⁷

Aliás, “é a própria exigência constitucional da efetividade da tutela jurisdicional que torna obrigatório que o sistema processual preordene meios adequados à eliminação ou neutralização do específico perigo da demora do processo ordinário”¹⁰⁸.

¹⁰³ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 93, v. 339, p. 175-189, jul./set. 1997. p. 177.

¹⁰⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão ..., p. 177.

¹⁰⁵ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 85.

¹⁰⁶ FUX, Luiz. **Tutela de** ..., p. 44.

¹⁰⁷ PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. (Coord.). **Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004. p. 354.

¹⁰⁸ PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência ..., p. 352.

Em alguns casos, o legislador lança mão de procedimentos abreviados e com prazos reduzidos, em comparação com o rito padrão, para que se chegue, de maneira mais rápida, a uma decisão definitiva de mérito. É o que se chama de processos sumários formais ou plenários rápidos, isto é, são casos em que a sumariedade incide sobre o procedimento, mas não sobre a atividade cognitiva do juiz, que continua sendo plena e exauriente. Isso significa que o julgador continua examinando as matérias colocadas em juízo de forma ampla (no plano horizontal) e profunda (no plano vertical).¹⁰⁹

Em outras situações, o legislador se utiliza de procedimentos em que a sumariedade incide sobre a atividade de cognição realizada pelo julgador, porque, em face das peculiaridades do caso, que exige urgência na tomada de decisões, não há tempo hábil para que se conheça de todas as matérias de forma exauriente.

É sobre estes últimos que se pretende discorrer neste capítulo, ou seja, pretende-se dar relevo aos instrumentos processuais, baseados em cognição sumária, que visam à fruição tempestiva dos direitos e à utilidade do resultado a ser obtido no final do procedimento.

Num primeiro momento, o legislador proporcionou medidas com o objetivo de conservar o direito no estado em que se encontra para protegê-lo contra situações de perigo de dano ou ameaças de perecimento, preservando-o dos males muitas vezes irreparáveis causados pelo tempo.

Em seguida, viu-se também a necessidade de medidas mais incisivas, que não fossem apenas aquelas de caráter conservativo e assecuratório, mas que pudessem atuar já diretamente no plano do direito material, permitindo à parte dele usufruir, antes mesmo que se chegasse à decisão definitiva do mérito.

No vigente ordenamento jurídico brasileiro, destacam-se o processo cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela como mecanismos de *luta* contra o tempo de duração dos processos.

Nos próximos tópicos, portanto, serão analisados os conceitos básicos que envolvem essas espécies de tutela. A partir da compreensão destes conceitos é que se poderá dar um passo adiante, no estudo da estabilização dos efeitos da tutela concedida em sede de cognição sumária, objeto de exame no capítulo seguinte.

¹⁰⁹ São exemplos de procedimentos abreviados: no processo civil, o rito sumário disciplinado no art. 275 do CPC; no processo do trabalho, o rito sumaríssimo, conforme artigos 852-A até 852-I da CLT.

3.2 Processo cautelar

3.2.1 Aspectos gerais

O Código de Processo Civil (CPC) brasileiro de 1973 disciplina o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar em três livros distintos.

No processo de conhecimento, em sua concepção clássica¹¹⁰, o juiz desenvolve a atividade de conhecer os fatos relevantes da controvérsia e definir suas consequências jurídicas de acordo com o direito preestabelecido. O Estado é chamado para resolver o conflito de interesses surgido entre as partes e o juiz, ao julgar, declara qual das partes está com a razão.

Nas palavras de Luiz Fux:

O Judiciário, através da cognição, aplica a lei ao caso concreto, impondo a sua vontade, exteriorizada no ato final, com coerção e autoridade. O fim a que se visa no processo de conhecimento é a obtenção da resposta judicial acerca de quem efetivamente tem razão à luz do direito positivo.¹¹¹

O processo de execução tem lugar depois que já tenha sido devidamente reconhecido o direito, de modo que se passa à sua realização, isto é, objetiva-se dar-lhe efetivação na prática, podendo-se dar início aos atos de expropriação dos bens do devedor para a satisfação dos direitos do credor.

E, novamente, citando Luiz Fux:

A execução, no seu escopo realizador e com o fito de revelar toda a seriedade da jurisdição, caminha sempre no sentido de dar ao credor aquilo que ele obteria se a obrigação tivesse sido cumprida voluntariamente, preservando-o de tal forma que ele não sinta os efeitos do descumprimento. Para esse fim, vale-se o Estado-juiz de meios múltiplos de superação da obstinação do devedor em não cumprir a obrigação,

¹¹⁰ Neste capítulo trata-se dos conceitos clássicos do processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar, como forma de melhor compreender a estrutura do CPC de 1973. Contudo, não se pode deixar de registrar que, hoje em dia, especialmente após as modificações que a Lei nº 11.232/05 introduziu no art. 475 do nosso CPC, fala-se em *processo sincrético*, em que, à fase de conhecimento, segue-se a fase de cumprimento da sentença. Isto quer dizer que, atualmente, os atos de conhecimento e de execução são realizados dentro de um mesmo processo, distinguindo-se apenas como *fases*.

¹¹¹ FUX, Luiz. **Tutela de ...**, p. 07-08.

suprindo-o nos casos em que não seja imprescindível o seu atuar.¹¹²

Contudo, por vezes, não são suficientes as atividades cognitiva e executiva, de modo que o processo cautelar é consagrado como um *tertium genus*¹¹³, ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução. Em algumas situações, o decurso do tempo para que se desenvolvam as atividades cognitiva e executiva coloca em risco a própria existência do direito ou a sua efetividade. Tem lugar, portanto, a atividade asseguradora do processo cautelar, que tem por objetivo “resguardar as condições de fato e de direito necessárias à prestação da justiça com efetividade”¹¹⁴. Sob outro enfoque, diz-se que o processo cautelar tem escopo preventivo, de modo a assegurar a permanência ou a conservação do estado das pessoas, coisas e provas, até que se atinja a prestação jurisdicional, para que, ao final, esta ainda seja útil, adequada e efetiva.¹¹⁵

O processo cautelar visa, portanto, a assegurar a eficácia da tutela jurisdicional prestada nos processos de conhecimento ou de execução.

Assim, tem-se que a ação cautelar é acessória ao processo principal. Enquanto neste se busca a composição da lide, naquela procura-se outorgar uma situação provisória de segurança para o interesse dos litigantes, para que a lide seja composta no mesmo estado em que se achava no momento em que foi posta em juízo.

Ou, nas palavras de Márcio Louzada Carpena:

¹¹² FUX, Luiz. **Tutela de ...**, p. 15-16.

¹¹³ Não é pacífico, na doutrina, o entendimento de que o processo cautelar devesse ser tratado como um terceiro gênero. Aliás, embora grande parte da teoria em torno deste assunto tenha sido desenvolvida por Piero Calamandrei, que a sistematizou em sua obra de 1936 - *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* -, fato é que nem mesmo esse grande estudioso italiano concordava em classificar o processo cautelar como *tertium genus*. No Brasil, Ovídio Araújo Baptista da Silva é um dos representantes da corrente que discorda da sistemática adotada pelo nosso CPC. Ele ressalta que o critério utilizado para classificar os processos em *de conhecimento* ou *de execução* leva em conta a atividade desenvolvida pelo juiz. Já o critério que excepciona o processo cautelar leva em conta seu resultado, e não a natureza da atividade desenvolvida pelo juiz, sendo que, na realidade, no processo cautelar, o juiz adota tanto atividades cognitivas quanto executivas. Para este autor, não seria correto, portanto, classificar o processo cautelar como terceiro gênero. Para ele, o critério que se opõe à cautelaridade é a satisfatividade, visto que no processo cautelar se procura apenas *assegurar* o processo principal, sem satisfazer o direito. E aqui, satisfação deve ser entendida como a realização concreta e objetiva do direito no plano das relações humanas. Para embasar sua tese, Ovídio Araújo Baptista da Silva cita o exemplo do mandado de segurança: também no seio do *mandamus* se desenvolvem atos de conhecimento e de execução, mas não por isso ele chega a constituir um gênero à parte (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3: Processo cautelar, p. 16, 38, 118-121). No presente capítulo, porém, será adotada esta classificação do processo cautelar como *tertium genus*, porque é a forma consagrada em nosso CPC desde 1973. Mais adiante, entretanto, no capítulo 5, quando se discorrer a respeito do Projeto de Lei nº 166/10, observar-se-á que a proposta para o novo CPC não mais traz esta distinção em relação ao processo cautelar.

¹¹⁴ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1549.

¹¹⁵ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 7. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1985. p. 41.

Enquanto, no processo principal, busca-se a satisfação do direito material da parte, no cautelar, almeja-se apenas assegurar a utilidade à eventual decisão prolatada nesse processo principal; vale dizer, protege-se o próprio processo contra riscos diversos que possam advir, não só alheios à vontade das partes e decorrentes do tempo e demora no desenrolar do litígio, mas também da malícia de um dos litigantes [...].¹¹⁶

O mesmo autor explica, com base em obra de Liebman, que o processo cautelar visa a assegurar o resultado útil do processo principal e, como *resultado útil*, deve-se compreender aquele que se demonstra proveitoso ou produtivo na prática, isto é, “capaz de satisfazer, de forma mais completa e em menor espaço de tempo possível, a pretensão almejada no plano material”. O processualista prossegue, afirmando que “tal tipo de tutela vem com o eminente escopo de impedir que o jurisdicionado sinta aquela terrível sensação de *ganhar e não levar*”. Por fim, conclui ele que a ideia da cautelaridade é proteger, dar segurança à lide para que ela não seja prejudicada por determinada situação de risco ou dano previsível e tendente a ocorrer.¹¹⁷

É a partir dessas premissas que se extraem as duas características essenciais da tutela cautelar - a instrumentalidade e a provisoriedade.

A instrumentalidade marca a relação que existe entre o processo cautelar e o processo principal. A função da cautelar é eliminar situações de risco ou de perigo que ameacem a eficiência e a eficácia da futura decisão de mérito que será obtida no processo principal. Assim, hoje em dia, no Brasil, diz-se que a relação de instrumentalidade é rígida ou necessária, isto é, não se admite a possibilidade de um processo cautelar com existência autônoma, de forma independente ao processo principal no qual se discute o mérito da lide e ao qual se direciona a proteção da cautelar.

A provisoriedade, por sua vez, decorre da instrumentalidade. Provisório é característica daquilo que tem duração temporal limitada.¹¹⁸ No caso das medidas cautelares, elas subsistem enquanto se aguarda a futura decisão de mérito. Em outras palavras, as medidas cautelares são aptas a durar somente o tempo necessário à preservação daquilo a que

¹¹⁶ CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 25.

¹¹⁷ CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo** ..., p. 27-28.

¹¹⁸ Teori Albino Zavascki sustenta, na realidade, que o conceito de *provisoriidade* é mais restrito que o de *temporariidade*. Para ele, as medidas cautelares se ligam ao caráter de temporariidade, enquanto a provisoriedade é característica da tutela antecipada. Segundo este autor, temporário é aquilo que não dura para sempre, que tem eficácia limitada no tempo, e que será substituído, mas não por outra medida de igual natureza. Provisório é aquilo que dura até que sobrevenha a tutela definitiva que a sucederá com eficácia semelhante (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 35). No mesmo sentido é o posicionamento de Ovídio Araújo Batista da Silva, para quem as cautelares são temporárias porque destinadas a durar apenas enquanto subsista o estado de perigo, nada mais (Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de** ..., v. 3, p. 63-73).

se propuseram.¹¹⁹

Apesar da instrumentalidade, ou seja, apesar de o processo cautelar ser acessório em relação ao principal, ele goza de autonomia técnica ou procedimental. Isto significa que o processo cautelar tramita em autos próprios¹²⁰ e forma uma relação processual distinta que não se confunde com a relação da lide principal.

Em nosso CPC, o ponto de partida para melhor compreender a tutela cautelar pode ser considerado o art. 798, que abriga o chamado *poder geral de cautela*.¹²¹

O poder geral de cautela é a possibilidade ampla que se abre ao juiz para que ele determine quaisquer medidas, adote quaisquer providências que sejam idôneas e adequadas à defesa da jurisdição.¹²² Ele existe porque a enumeração dos procedimentos cautelares específicos é meramente exemplificativa, e não exaustiva. Isto significa que o magistrado poderá tomar providências de índole cautelar mesmo que não estejam expressamente previstas ou tipificadas na lei, pois o jurisdicionado não poderá ficar desamparado, em situações de urgência e necessidade, pelo simples fato de não haver medida legalmente tipificada.

É neste sentido a lição de Flávio Cheim Jorge, quando afirma:

Com efeito, a existência do poder geral de cautela deriva da impossibilidade de o sistema criar e delimitar todas as providências cautelares passíveis de ocorrer em função das múltiplas situações que podem ocorrer no dia a dia da vida dos cidadãos. Assim, se não existe possibilidade de prever todas as situações da vida, e conseqüentemente, protegê-las de modo específico, faz-se necessária a previsão abstrata de os jurisdicionados pleitearem a proteção estatal por outros meios não previstos expressamente.¹²³

O poder cautelar geral permite, também, que o juiz adote medidas diferentes daquelas que tenham sido requeridas pela parte, com vistas a afastar o risco ou perigo que ameace a eficácia do provimento definitivo de mérito, assim como para que a medida ordenada seja, de fato, aquela mais adequada ao quadro fático que se delineou naquela ocasião.

¹¹⁹ Cf. FUX, Luiz. **Curso de ...**, p. 1549.

¹²⁰ O processo cautelar é formado em autos apartados, tem prazos reduzidos e, ao final, terá uma sentença própria.

¹²¹ O art. 798 do nosso CPC dispõe que “além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

¹²² Cf. FUX, Luiz. **Curso de ...**, p. 1551.

¹²³ JORGE, Flávio Cheim. O processo cautelar e o poder geral de cautela do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 87, p. 186-198, set. 1997. p. 192.

Oportuna a observação de Luiz Fux, que salienta tratar-se, na realidade, de um *dever* e não de um *poder* geral de cautela. É um *dever* porque é “decorrência do ‘direito à jurisdição’ outorgado a todo cidadão. A impossibilidade de autotutela e a necessidade de garantir-se um efetivo acesso à justiça implicam a obrigação do Estado em evitar que se frustrasse essa garantia”¹²⁴.

Por outro lado, embora o poder geral de cautela seja bastante amplo, não significa que seja também ilimitado e arbitrário. O juiz deve se pautar pelo trinômio *necessidade-idoneidade-suficiência*¹²⁵, isto é, ele deve avaliar a necessidade de afastar o risco ou perigo que ameaça a eficácia do provimento definitivo de mérito, bem como qual a medida que se revela mais adequada para atingir tal fim e se ela é suficiente ao escopo a que se propõe. O magistrado deve se orientar, ainda, pela provisoriedade da medida e deve se restringir aos limites do direito cuja realização se pretende assegurar, ou seja, ele não poderá conceder providências às quais a parte sequer teria direito no processo principal.¹²⁶

3.2.2 Requisitos

Analisados os aspectos gerais da tutela cautelar, pode-se passar ao exame dos requisitos necessários à sua concessão, que são identificados por dois elementos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Humberto Theodoro Júnior classifica estes dois elementos como condições da ação, específicos para a ação cautelar, sendo que a ausência deles acarreta carência de ação.¹²⁷ Para ele, o *fumus* se situa no campo da possibilidade jurídica, enquanto o *periculum* se enquadra no campo do interesse jurídico, de modo que o exame de tais requisitos deverá ser feito antes mesmo do mérito.¹²⁸

Luiz Fux, a seu turno, afirma que a análise destes elementos se enquadra, ao mesmo

¹²⁴ FUX, Luiz. **Tutela de ...**, p. 26.

¹²⁵ Cf. FUX, Luiz. **Curso de ...**, p. 1583.

¹²⁶ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**, p. 108-109.

¹²⁷ As condições de qualquer ação estão elencadas no art. 267, VI, do CPC: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual.

¹²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**, p. 71-72.

tempo, nas condições da ação e no próprio mérito da cautelar.¹²⁹

Márcio Louzada Carpena assevera que estes são elementos de mérito da ação cautelar,¹³⁰ mas que podem ser analisados a qualquer momento, e não apenas na sentença, pois a presença deles é determinante da manutenção, revogação ou alteração das medidas cautelares que tenham sido concedidas, nos termos do art. 807 do nosso CPC.¹³¹

Também José Roberto dos Santos Bedaque afirma que estes requisitos representam o mérito do processo cautelar, posição que parece ser mais acertada, pois

uma coisa é a efetiva existência do perigo e da plausibilidade, o que depende da atividade probatória, ainda que compatível com o nível de cognição possível e adequado à tutela cautelar. Outra é a presença, em tese, em abstrato, desses requisitos, que depende não da verificação em concreto dos fatos, mas do exame feito *in statu assertionis*, ou seja, segundo aquilo que o autor afirmou.¹³²

Assim, adotando-se a posição de que tais elementos configuram o mérito da cautelar, mister compreender o conteúdo de cada um destes requisitos.

O *fumus boni iuris* é a *fumaça do bom direito*; é a provável existência de um direito a ser tutelado ou a plausibilidade do direito invocado por quem pretenda a segurança. A própria urgência que legitima a jurisdição cautelar impõe que o juiz proveja baseado em cognição sumária, isto é, em juízo de mera probabilidade, aparência e verossimilhança. Não há tempo ou meios para averiguar, com base em prova plena, se o direito realmente existe.

Humberto Theodoro Júnior, porém, discorda da definição acima, pois afirma que esta trata apenas da visão clássica do requisito do *fumus boni iuris*. Para ele, tal visão vem sendo superada modernamente, pois, se o processo cautelar protege o *processo* e não o *direito em si*, não haveria razão para se averiguar a plausibilidade do direito material subjetivo que será discutido no feito principal. Portanto, para ele, a verossimilhança que se deseja examinar diz

¹²⁹ FUX, Luiz. **Curso de ...**, p. 1574. No mesmo sentido veja-se WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Curso avançado de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 3: Processo cautelar e procedimentos especiais, p. 34.

¹³⁰ CARPENNA, Márcio Louzada. **Do processo ...**, p. 141.

¹³¹ No subitem seguinte, quando forem analisados, com mais detalhes, alguns aspectos dos procedimentos cautelares em geral, discorrer-se-á a respeito da revogabilidade das medidas cautelares, nos termos do citado art. 807 do CPC.

¹³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar ...**, p. 164. Este mesmo autor, em outra de suas obras, contudo, salienta ser irrelevante tal distinção. Embora ele reafirme que a análise dos requisitos do *fumus* e do *periculum* constitui mérito da cautelar, assinala que “a distinção não apresenta grande relevância prática, visto que, em princípio, a sentença proferida em processo cautelar não é passível de trânsito em julgado material” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 148).

respeito ao pedido cautelar e não ao pedido de fundo do processo principal¹³³.

Márcio Louzada Carpena discorda do i. professor mineiro e argumenta que, ainda que o objetivo da ação cautelar seja tutelar o processo, é obrigatório que haja uma análise, mesmo que sumária e superficial, a respeito do direito material em espécie.¹³⁴

No mesmo sentido é a lição de Luiz Fux que assevera ser impossível reclamar asseguarção sem revelar a *tutela acautelada*. Isso implica a divulgação, em sede cautelar, do objeto que comporá a tutela ameaçada e é exatamente aí que reside o *fumus boni iuris*.¹³⁵

O *periculum in mora*, por sua vez, diz respeito ao fundado receio de um dano próximo e que seja grave e de difícil reparação.

Márcio Louzada Carpena ressalta que o *periculum in mora*, também denominado *periculum damnum irreparabile*, “significa o fundado temor de que, enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham a ocorrer fatos que causem a ela danos graves e de difícil reparação”¹³⁶.

Importante esclarecer que o receio é fundado quando “não decorre de simples estado de espírito do requerente, que não se limita à situação subjetiva de temor ou dúvida pessoal, mas se liga a uma situação objetiva, demonstrável através de algum fato concreto”¹³⁷. É o temor de que haja alteração na situação de fato, no estado das coisas, pessoas ou provas, enquanto se aguarda a tutela definitiva.

Assim, a parte que pretende se valer da tutela cautelar deve demonstrar a plausibilidade do direito invocado bem como o fundado receio de um dano próximo e que seja grave e de difícil reparação, para que ela possa se precaver contra uma temida mudança na situação fática ou jurídica que possa inutilizar o resultado do processo principal, caso este lhe venha a ser favorável.¹³⁸

Exposta a função da tutela cautelar, seus pilares caracterizadores e os requisitos para a concessão das respectivas medidas, pode-se passar a uma análise dos aspectos procedimentais estabelecidos pelo legislador.

¹³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**, p. 76.

¹³⁴ CARPENNA, Márcio Louzada. **Do processo** ..., p. 149.

¹³⁵ FUX, Luiz. **Tutela de** ..., p. 24.

¹³⁶ CARPENNA, Márcio Louzada. **Do processo** ..., p. 151.

¹³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. II, p. 373.

¹³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de** ..., v. II, p. 362.

3.2.3 O procedimento cautelar

Conforme dito anteriormente, o CPC brasileiro cuida do processo cautelar em livro próprio, elevando-o à categoria de *tertium genus*, ao lado dos processos de conhecimento e de execução. Registrou-se, ainda, que o processo cautelar goza de autonomia procedimental, cujos aspectos serão ora analisados.

Os artigos 796 a 812 albergam regras e princípios gerais aplicáveis ao processo cautelar como um todo. Os artigos seguintes tratam dos procedimentos cautelares específicos.¹³⁹

As disposições gerais configuram uma espécie de procedimento comum, o que seria o rito cautelar padrão, usado como regra geral, desde que não haja um procedimento específico que a ele se sobreponha. Quando há rito específico, as regras gerais assumem caráter de subsidiariedade e visam a suprir lacunas.

Não é objetivo do presente estudo descer às minúcias destes ritos específicos, de modo que o exame a ser feito adiante se restringe às disposições gerais.

Passemos, pois, à análise do procedimento cautelar em suas fases postulatória, instrutória e decisória.

A parte que desejar requerer uma medida cautelar deverá fazê-lo em petição escrita, conforme preceitua o art. 801 do CPC¹⁴⁰. Nesta petição, ela deverá indicar, dentre outros elementos, a providência pretendida, a lide, seu fundamento e o receio de dano ou lesão, para que possam ser apreciados os requisitos descritos anteriormente - o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O requerimento poderá ser feito *ante causam*, isto é, antes de instaurado o processo principal, situação na qual a medida é classificada como precedente ou preparatória. Poderá ser feito, ainda, no curso de um processo já instaurado, ocasião em que a medida se denomina incidental. Tendo em mira tais considerações, é fácil concluir que “são partes legítimas para a

¹³⁹ A partir do art. 813 e até o art. 889 do nosso CPC.

¹⁴⁰ Art. 801. “O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: I - a autoridade judiciária, a que for dirigida; II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido; III - a lide e seu fundamento; IV - a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão; V - as provas que serão produzidas. Parágrafo único. Não se exigirá o requisito do n.º III senão quando a medida cautelar for requerida em procedimento preparatório”.

ação cautelar os mesmos sujeitos perante os quais deve se desenvolver a relação processual do juízo de mérito”¹⁴¹.

Seguindo o mesmo raciocínio, o art. 800 do CPC¹⁴² preceitua que o juiz competente para apreciar o requerimento cautelar é o mesmo juiz competente para apreciar a causa principal.

Humberto Theodoro Júnior tece crítica a respeito desse dispositivo legal. Para ele, o legislador não deixou uma *válvula de escape*, tendo sido rígido em atribuir a competência das cautelares apenas ao mesmo juiz competente para a ação principal. O renomado professor destaca que cabe à doutrina e à jurisprudência amenizar esse princípio, o que, de fato, já vem ocorrendo, em alguns casos nos quais se verifiquem extrema necessidade e urgência. Ele cita, como exemplo, situações em que o requerimento da cautelar possa ser formulado perante o juiz do local em que deva ser executada a medida, ou do local em que se situem os bens a ser objeto de proteção.¹⁴³

O art. 802 do CPC¹⁴⁴ trata da citação da parte contrária e estabelece que o réu tem prazo de cinco dias para contestar o pedido cautelar. A maioria da doutrina afirma que se trata de defesa simples, que abrange questões de mérito ou de rito, não sendo possível a reconvenção.¹⁴⁵

Segundo o teor do art. 797 do CPC¹⁴⁶, em casos excepcionais, admite-se que o juiz conceda a medida antes de ouvir a parte contrária. Trata-se de faculdade conferida ao julgador, mas que só deverá ser exercitada quando a oitiva do requerido puder frustrar a própria finalidade preventiva da tutela, ou seja, “quando a inegável urgência da medida e as circunstâncias de fato evidenciarem que a citação do réu poderá tornar ineficaz a providência preventiva”¹⁴⁷.

¹⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**, p. 111.

¹⁴² Art. 800. “As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”.

¹⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**, p. 112-113.

¹⁴⁴ Art. 802. “O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir. Parágrafo único. Conta-se o prazo, da juntada aos autos do mandado: I - de citação devidamente cumprido; II - da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia”.

¹⁴⁵ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de ...**, v. 3, p. 135; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**, p. 128-129.

¹⁴⁶ Art. 797. “Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

¹⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**, p. 136.

Nessas hipóteses, o art. 804 do CPC¹⁴⁸ abre a possibilidade de uma audiência de justificação prévia, que se trata de audiência unilateral, em que só o autor e suas testemunhas são ouvidos. A oportunidade se justifica, quando a prova trazida pelo requerente, junto com a petição inicial, não foi suficiente para convencer o juiz em relação aos requisitos da cautelar.¹⁴⁹

Ainda dentro do contexto das medidas concedidas *inaudita altera parte*, o art. 804 do CPC faculta ao julgador exigir da parte requerente uma caução, isto é, uma contracautela. O juiz poderá exercitar ou não essa faculdade, conforme a análise do caso concreto. Contudo, Humberto Theodoro Júnior apresenta-nos importante advertência, no sentido de que a exigência da caução não se torne um *superpressuposto* que possa liberar o juiz do seu dever de examinar os reais fundamentos fáticos que autorizam a concessão de medidas restritivas de direito, e conclui que a contracautela é instituto a ser utilizado com prudência, “tanto para não franquear a tutela cautelar a quem tecnicamente não faz jus a ela, como para não interditar seu uso por parte daqueles que realmente merecem seu amparo emergencial”¹⁵⁰.

Manoel Antônio Teixeira Filho considera que a exigência de caução, nos termos do citado art. 804 do CPC, é incompatível com o processo do trabalho, já que o trabalhador, na esmagadora maioria dos casos, não tem condições de atender a este encargo. Por outro lado, não se pode aceitar que esse mesmo trabalhador seja privado da tutela cautelar e veja seu interesse ser objeto de danos ou lesões, pela impossibilidade de prestar contracautela.¹⁵¹

O rito cautelar comporta uma eventual fase instrutória, que se dá, entretanto, de maneira limitada, superficial ou sumária, tendo em vista a presença do elemento *urgência*. Este é o motivo pelo qual o requisito a ser examinado é apenas a *fumaça do bom direito*, ou seja, está-se no campo da cognição sumária.¹⁵²

¹⁴⁸ Art. 804. “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”.

¹⁴⁹ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Curso avançado** ..., p. 39.

¹⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**, p. 139-140.

¹⁵¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Processo cautelar** ..., p. 20-21.

¹⁵² É oportuno trazer à baila, novamente, as observações que constaram da nota nº 48, a respeito dos *graus* ou *níveis* de cognição. Kazuo Watanabe salienta que a cognição pode ser analisada a partir de dois planos: horizontal e vertical. No plano horizontal, diz respeito à extensão, à amplitude e às matérias a serem conhecidas (por exemplo, questões processuais, condições da ação, mérito). A cognição, vista sob este aspecto, pode ser plena (ampla) ou limitada (parcial). Como exemplo de cognição limitada no plano horizontal, citem-se os artigos 475-L e 741 do nosso CPC, que enumeram as matérias passíveis de serem arguidas pelo executado, respectivamente, na sua peça impugnativa ou nos embargos em sede de execução contra a Fazenda Pública. No plano vertical, examina-se o grau de profundidade, sendo que a cognição pode ser completa (exauriente) ou sumária (incompleta, superficial) (WATANABE, Kazuo. **Da cognição** ...).

Ainda, conforme já foi salientado no tópico anterior, quando se discorre a respeito da autonomia procedimental da ação cautelar, é natural concluir que a fase probatória desta não se confunde com a instrução do processo principal.

O art. 808, II, do nosso CPC¹⁵³ fixa prazo de trinta dias para a efetivação da medida cautelar concedida. Ora, se a medida foi deferida tendo em vista uma situação emergencial e se a parte não demonstra interesse em promover sua efetivação, é de se presumir que o risco tenha desaparecido. Poder-se-ia equiparar tal situação a uma renúncia tácita, porque a inércia da parte em não promover a efetivação da medida se mostra incompatível com a pretensão anteriormente manifestada. Contudo, Ovídio Araújo Baptista da Silva ressalta que é de extrema importância avaliar se o atraso na execução da medida não decorreu da morosidade dos serviços judiciários, situação em que não se poderia concluir pela ocorrência de *renúncia tácita*.¹⁵⁴

Já o art. 806 do CPC¹⁵⁵ fixa prazo para ajuizamento da ação principal, quando a medida foi requerida *ante causam*. É aqui que se revela o nexo da instrumentalidade, referido no tópico que cuidou dos aspectos gerais do processo cautelar.¹⁵⁶

A parte terá o prazo de trinta dias para propor a ação principal, contados da data de efetivação da medida cautelar, sob pena de essa medida ter cessada sua eficácia, conforme previsto no art. 808, I, do CPC¹⁵⁷. É por isso que se diz existir instrumentalidade rígida ou necessária, uma vez que a tutela prestada em sede de cautelar não poderá subsistir por si só.

¹⁵³ Art. 808. “Cessa a eficácia da medida cautelar: I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806; II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias; III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento”.

¹⁵⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de ...**, v. 3, p. 177.

¹⁵⁵ Art. 806. “Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

¹⁵⁶ No art. 796 do CPC, diz-se que o legislador consagrou a instrumentalidade do processo cautelar em relação ao feito principal, fazendo uso do termo *dependente*, *verbis*: “Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre *dependente*” (grifo nosso).

¹⁵⁷ Cândido Rangel Dinamarco salienta que, embora a lei expressamente não o diga, o prazo para propor a demanda principal somente deveria se aplicar às medidas constritivas, ou seja, àquelas que atuam na esfera jurídica do réu, comprimindo-a. Como exemplos, podem-se citar o arresto, o sequestro, a busca e apreensão. Isso porque o objetivo da norma é impedir que o autor se acomode com a medida que já lhe foi concedida. Mas, nos casos em que a cautelar não interfere na esfera jurídica do réu, tal exigência perderia sua razão de ser. Seria o exemplo da produção antecipada de prova ou das interpelações. O renomado processualista destaca que tal entendimento é construção da doutrina e da jurisprudência, mas tem extrema importância porque revela uma postura instrumentalista do processo (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade ...**, p. 262).

Este prazo de trinta dias é contado a partir da efetivação da medida e não do seu deferimento. Humberto Theodoro Júnior explica que, se for uma medida composta de mais de um ato - por exemplo, sequestro de vários bens situados em diferentes lugares -, o prazo para ajuizamento da ação principal deve ser contado a partir do primeiro ato, mas a efetivação da medida poderá se prolongar para além dos trinta dias referidos no art. 808, II, do CPC.¹⁵⁸

O art. 807 do CPC¹⁵⁹ consagra o princípio da revogabilidade das medidas cautelares e aponta que elas podem ser modificadas, substituídas ou revogadas a qualquer tempo, desde que ocorra alteração nas circunstâncias fáticas que levaram ao seu deferimento.

Márcio Louzada Carpena explica que

as medidas cautelares [...] conservam sua forma e eficácia na exata medida temporal em que se demonstrarem adequadas e indispensáveis a resguardar a eficiência e utilidade de uma provável decisão futura a ser proferida em outra lide, principal. O juízo cautelar dirige-se à proteção da prestação jurisdicional de cunho substancial, sempre que presente a *fumaça de um bom direito* e um *perigo de dano*, restando certo que quando ambos elementos não mais se verificarem de forma *concomitante*, por qualquer razão, não merece a medida persistir. Da mesma forma, se se notar alteração no estado de perigo, a demonstrar excessiva ou insuficiente a cautela já deferida, autorizada está a sua modificação ou substituição por outra mais apropriada à nova situação.¹⁶⁰

Conclui-se, pois, que o magistrado deverá estar atento à presença dos elementos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, uma vez que, se ocorrerem alterações fáticas (superveniência de provas ou fatos novos) que modifiquem tais circunstâncias, a tutela cautelar poderá ser revista ou revogada.

Conforme destacado anteriormente, as medidas cautelares já nascem sob o signo da provisoriedade, porquanto visam apenas a assegurar, conservar, proteger ou prevenir, sem que, para tanto, atuem incisivamente sobre o mérito da ação principal. Assim, se não há decisão sobre o mérito da causa, é natural concluir que nem mesmo a sentença proferida em processo cautelar produzirá os efeitos da coisa julgada material. Ora, ainda que o procedimento cautelar já tenha sido encerrado por meio de sentença, a medida poderá ser modificada caso surjam circunstâncias novas, como, por exemplo, no caso de cessar o perigo de dano que lhe deu origem.

¹⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**, p. 151.

¹⁵⁹ Art. 807. “As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo”.

¹⁶⁰ CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo ...**, p. 297-298.

O art. 810 do CPC¹⁶¹ abriga esta noção de que a cautelar é inapta a produzir os efeitos da coisa julgada material, porque preceitua que o resultado da cautelar não influi sobre o feito principal. O legislador, porém, adotou um critério pragmático com vistas ao princípio da economia processual e fixou uma exceção a tal regra na parte final do referido dispositivo, qual seja, nos casos em que o juiz, em sede de cautelar, acolher alegação de decadência ou prescrição do direito do autor, esta decisão faz, sim, coisa julgada e representa a composição definitiva da lide.

Por fim, há que se destacar o teor do art. 811 do CPC¹⁶², que cuida da responsabilidade da parte que requereu a medida cautelar, obteve a providência em seu favor, mas, ao final do processo principal, a sentença lhe foi desfavorável. O nosso diploma processual, em situações tais, adotou a responsabilidade objetiva do requerente, segundo a qual não se perquire se houve fraude, malícia, dolo ou culpa de sua parte. Se a execução da medida cautelar provocou danos ao requerido, o autor fica obrigado a repará-los.

Saliente-se que os eventuais prejuízos sofridos pelo réu serão comprovados, liquidados e executados nos mesmos autos, sem necessidade de ação autônoma.

Humberto Theodoro Júnior, entretanto, registra hipótese em que a responsabilidade do requerente poderia ser atenuada, caso se comprovasse que houve culpa concorrente do requerido.¹⁶³ E Ovídio Araújo Baptista da Silva, por sua vez, destaca que não se poderia adotar o critério da responsabilidade objetiva, caso se discutisse a respeito de danos sofridos por um terceiro. Nessas circunstâncias, ele defende a tese de que caberia ao terceiro provar a existência do dano e a culpa daquele que promoveu a efetivação da medida cautelar.¹⁶⁴

Estes são, em linhas gerais, os aspectos procedimentais do processo cautelar a que se pretendia dar relevo para melhor compreender a aplicação do instituto na prática.

¹⁶¹ Art. 810. “O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”.

¹⁶² Art. 811. “Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias; III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código; IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810). Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar”.

¹⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**, p. 179.

¹⁶⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de ...**, v. 3, p. 213-214.

3.3 Antecipação de tutela

Desde que se constatou a necessidade de tutelas diferenciadas para amenizar os efeitos do tempo na duração do processo, e que foi sistematizado o estudo em torno do processo cautelar, a doutrina vem discorrendo a respeito de suas funções.

Durante muito tempo, aqui no Brasil, prevaleceu a corrente que considerava que as medidas cautelares deveriam ter apenas objetivo de *proteção, prevenção, garantia* ou *conservação*, sem que se traçassem escopos *satisfativos*, isto é, sem que seus efeitos, no plano prático, importassem, ainda que provisoriamente, fruição efetiva do pretense direito pela parte.¹⁶⁵

Isto porque, na sua essência, o processo cautelar foi pensado para atuar na proteção de um futuro processo de mérito - de cognição ou de execução -, mas sem implicar a resolução, mesmo que de maneira provisória, do mérito propriamente dito deste processo principal.

Com o tempo, porém, esta ideia inicial em torno das tutelas cautelares e provisórias, que a limitava a exercer função meramente conservativa, revelou-se insuficiente,

pois muitas vezes a efetiva proteção ao direito requer soluções urgentes e provisórias, com conteúdo diverso da mera conservação de situações ou coisas. Com frequência há necessidade de regrar provisoriamente a própria relação material controvertida, especialmente quanto a seus efeitos.¹⁶⁶

Na realidade, mais uma vez se manifestava a insuficiência do processo de conhecimento clássico como instrumento único e padrão, incapaz de dar resposta a todas as necessidades do direito material.

E, num contexto de crise da justiça, em que sobressai a lentidão e o acúmulo de processos nos tribunais, ocorreu a *vulgarização* do processo cautelar, como se ele se destinasse a atuar indistintamente em quaisquer situações reveladoras do perigo da demora na prestação jurisdicional¹⁶⁷.

¹⁶⁵ De maneira bem simplificada, registra-se aqui um exemplo hipotético para que se possa entender a distinção entre medidas conservativas e medidas satisfativas. Numa ação reivindicatória, tem natureza antecipatória e satisfativa a medida que, no curso do processo, propicia a retirada do bem da posse do réu para entregá-lo ao autor. Por outro lado, seria medida de natureza cautelar (meramente conservativa) o sequestro do bem litigioso, isto é, a retirada do bem da posse do réu e sua entrega a um depositário (Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 53).

¹⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 213.

¹⁶⁷ Cf. FUX, Luiz. **Curso de** ..., p. 1551.

Fazendo uso dos conceitos amplos e indeterminados que compõem o poder geral de cautela, o processo cautelar começou a ser também utilizado quando, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a parte necessitasse de uma resposta célere de cunho satisfativo, ou seja, que lhe proporcionasse a imediata e efetiva fruição do direito invocado.

Na prática forense tornou-se comum, pois, o uso das então denominadas *cautelares satisfativas*. José Carlos Barbosa Moreira explica que não há nada que se estranhar nesse comportamento, uma vez que

é em juízo que primeiro repercutem determinadas carências. Quem sente necessidade de proteção nem sempre renuncia a pleiteá-la por causa da mera inexistência ou insuficiência de textos legais; o juiz, por sua vez, nem sempre se deixa paralisar no impulso para fazer justiça pelo simples fato de não encontrar no receituário oficial o medicamento específico apropriado. Ambos procuram remédio no similar que estiver mais à mão.¹⁶⁸

Esta prática persistiu até que, em 1994, o legislador proporcionou um novo mecanismo processual, dando nova redação aos artigos 273 e 461 do nosso CPC, para disciplinar a *antecipação dos efeitos da tutela de mérito*.

A antecipação de tutela, como o próprio nome já permite entrever, tem por escopo *antecipar*, no tempo, os efeitos da tutela jurisdicional que se pretende produzir com a decisão final de mérito.

Conforme definição de Joaquim Felipe Spadoni:

A antecipação de tutela está consubstanciada em um provimento jurisdicional que antecipa os efeitos práticos do julgamento final de procedência pretendido pelo autor, permitindo, assim, a satisfação total ou parcial do direito alegado, em momento anterior ao regularmente estabelecido pelo procedimento.¹⁶⁹

Trata-se de mecanismo processual com função muito semelhante à da tutela cautelar, pois atua como forma de prevenir ou impedir os prejuízos que podem surgir com a demora inerente ao desenvolvimento do processo ordinário de conhecimento.

Na realidade, já existiam dispositivos esparsos em nosso ordenamento jurídico que permitiam essa *antecipação* em casos específicos, podendo-se citar, como exemplos, as liminares no mandado de segurança ou nas ações possessórias.

¹⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, p. 62-74, jul./dez. 2003. p. 69.

¹⁶⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das ..., p. 78.

A grande novidade do art. 273 do CPC (na redação introduzida pela Lei nº 8.952/94) foi a universalização do instituto, que agora se insere no bojo do processo de conhecimento, sendo aplicável a quaisquer hipóteses, desde que atendidos os requisitos legais.

De igual importância é o §3º do art. 461, que cuida da antecipação de tutela específica¹⁷⁰, relacionada às obrigações de fazer ou não fazer.

Exatamente porque a intenção era universalizar o instituto, seria impossível prever todas as situações em que a antecipação de tutela se aplicaria. E é por isso que o legislador fez uso de conceitos abertos ou indeterminados.

Luiz Guilherme Marinoni bem coloca a questão, ao salientar que, de fato, tem-se procurado superar a herança do liberalismo em relação ao mito da uniformidade procedimental (procedimento único e uniforme para todo e qualquer tipo de direito). Contudo, não se pode passar ao extremo oposto, de acreditar na utopia dos procedimentos diferenciados. Não seria possível ao legislador prever um procedimento diferenciado para cada tipo de direito material carente de tutela, e nem seria possível antever aquelas necessidades e peculiaridades que só são percebidas na análise do caso concreto. É por isso que se faz uso de norma com conceitos abertos e indeterminados.¹⁷¹

A redação dos dois preceitos citados (artigos 273 e 461, §3º, do CPC) reflete o uso desta técnica legislativa, que tem por escopo conferir à norma maior espectro de incidência, permitindo a sua adaptação a diversas situações, mesmo àquelas originariamente não previstas.¹⁷²

Numa visão geral do instituto, na forma como ele se encontra hoje disciplinado em nosso ordenamento jurídico, pode-se dizer que ele se baseia em juízo de cognição sumária, no qual se profere decisão provisória para conceder ou denegar a antecipação requerida pelo autor, a qual guarda nexos de instrumentalidade com a decisão final de mérito.

Já se esclareceu anteriormente que a cognição sumária é aquela superficial realizada pelo julgador antes que se abra às partes oportunidade ampla para produção exauriente de

¹⁷⁰ Relembre-se a observação feita na nota nº 62, a respeito da distinção entre tutela genérica e específica. Na tutela específica, o objetivo é proporcionar ao vencedor da ação (o credor) a satisfação do direito tal qual pretendido e representado no título executivo. Na tutela genérica, o que se proporciona ao credor é apenas o equivalente pecuniário do direito originariamente postulado (Cf. GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 39).

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral ...**, p. 425-427.

¹⁷² Cf. LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 81.

provas. Na antecipação de tutela concedida com base no art. 273 do CPC¹⁷³, este requisito é analisado ao lado de outros dois previstos pelo legislador, mas de forma não simultânea. Assim, o julgador poderá antecipar no tempo os efeitos da tutela final de mérito pretendida, se o autor demonstrar a plausibilidade do seu direito e se houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou se, além da plausibilidade, se verificar que o réu agiu com abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

Ao lado dessas duas situações, em 2002, por meio da Lei nº 10.444, o legislador brasileiro ainda inseriu mais uma possibilidade de antecipação, para quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrarem-se incontrovertidos. Trata-se da redação do §6º do art. 273 do diploma processual.

Por fim, a norma do §2º deste art. 273 fixa um *requisito negativo*¹⁷⁴ a ser analisado pelo julgador, isto é, havendo perigo de irreversibilidade dos seus efeitos, não se admite a concessão da antecipação da tutela.

Na realidade, para bem compreender o instituto regulado pelo art. 273 do nosso CPC, é necessário analisar cada um destes requisitos de maneira mais detalhada, conforme se passa a fazer.

¹⁷³ Num primeiro momento, será enfatizada a antecipação de tutela de que trata o art. 273 do CPC, porque este dispositivo consagrou a universalização do instituto. Adiante, no item 3.3.2, far-se-á referência, também, ao art. 461, §3º, do CPC. Portanto, para melhor compreensão da exposição que se fará ao longo deste tópico, fica aqui a transcrição, na íntegra, do art. 273 do CPC brasileiro:

Art. 273. “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷⁴ Diz-se que, em relação aos requisitos do *caput* e dos incisos I e II, o julgador deve verificar a **presença** dos mesmos: plausibilidade + *periculum in mora* **ou** plausibilidade + abuso do direito de defesa. No que tange ao §2º, diz-se tratar-se de requisito negativo, porque o julgador deverá avaliar, na verdade, a possibilidade de reversão dos efeitos da medida, ou seja, a **ausência** do impedimento descrito na norma.

3.3.1 Requisitos

3.3.1.1 Cognição sumária: prova inequívoca e verossimilhança da alegação

A primeira impressão que se tem, numa leitura rápida do *caput* do art. 273, é de que a lei trouxe expressões incompatíveis entre si, uma vez que *inequívoco* remete à ideia de algo que seja claro, evidente e que pareça ter contornos de certeza, ao passo que *verossimilhança* é somente aquilo que aparenta ou que se aproxima do verdadeiro, do possível ou do plausível. É por isso que a doutrina diverge quanto à conceituação de tais elementos.

José Joaquim Calmon de Passos diz que a prova inequívoca é a mesma prova que seria exigida para proferir sentença definitiva de mérito, isto é, prova com a mesma força persuasiva.¹⁷⁵ Entretanto, esta não se nos afigura como a melhor interpretação a ser dada à norma, pois tornaria quase inócuo o seu objetivo de *antecipar* no tempo os efeitos do pretendido pronunciamento de mérito. Se o instituto foi pensado dentro dos contornos da urgência, para fazer frente à demora processual, não seria razoável exigir da parte a mesma prova que seria obtida em sede de cognição exauriente.

Para a grande maioria dos autores, a análise deste requisito da antecipação de tutela deverá ser mais rigorosa do que a análise do *fumus boni iuris* das medidas cautelares, porque, nestas, as providências têm caráter meramente conservativo, enquanto que, naquela, a parte vai *receber* o direito, vai ser *satisfeita* na sua pretensão material.

Neste sentido são as palavras de Joaquim Felipe Spadoni:

Como a antecipação de tutela lhe permitirá desfrutar imediatamente dos efeitos práticos da decisão definitiva de procedência, é fundamental que o autor demonstre nos autos a verossimilhança de sua alegação, a consistência jurídica de sua argumentação, respaldada por provas que demonstrem, de forma inequívoca, a ocorrência dos fatos constitutivos de seu direito. Só se pode antecipar uma tutela que se revela, desde logo, plausível, isto é, só se pode antecipar aquilo que provavelmente será concedido em momento posterior.¹⁷⁶

Teori Albino Zavascki diz que, na cautelar, há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados, ao passo que, na antecipação de tutela,

¹⁷⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Da antecipação de tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 192-193.

¹⁷⁶ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das ..., p. 81.

seria um *fumus boni iuris* qualificado em que os fatos devem ser tidos como fatos certos; exige-se verossimilhança quanto aos fundamentos de direito e relativa certeza quanto à verdade dos fatos. A prova deve ser robusta, de modo que aproxime o juízo de probabilidade do juízo de verdade.¹⁷⁷

José Roberto dos Santos Bedaque também entende que o conceito de prova inequívoca diz respeito a um juízo cognitivo mais profundo do que aquele previsto para as cautelares, sendo que na antecipação de tutela deve haver uma *forte probabilidade*, mas ressalta que ainda se trata de um juízo inferior ao da cognição plena e exauriente.¹⁷⁸

João Batista Lopes considera que o elemento da prova inequívoca exige um árduo trabalho exegético do aplicador da lei. Significa um alto grau de probabilidade, sendo mais intenso do que o requisito exigido nas cautelares, que traduzem mera plausibilidade. Por outro lado, salienta que prova inequívoca não é sinônimo de prova escrita ou documental, porque, quando assim quis o legislador, esta circunstância ficou bem clara no texto legal (cite-se, como exemplo, a ação monitória disciplinada no art. 1102-A do nosso CPC¹⁷⁹). São admitidos outros tipos de prova, desde que sejam idôneos, seguros e concludentes.¹⁸⁰

Para José Carlos Barbosa Moreira, as expressões que a lei utilizou no *caput* do art. 273 do CPC não são incompatíveis entre si, nem se trata de distinções inúteis, tampouco de conceitos sinônimos. Segundo ele, a verossimilhança diz respeito à força persuasiva da prova e quer dizer que a prova deve ser suficiente para formar o convencimento do julgador. O juiz deve se convencer da probabilidade da alegação, tal como ocorre no *fumus boni iuris*. Por outro lado, a prova inequívoca é a prova que não é ambígua; que só pode ser entendida num único sentido, unívoco, independentemente de sua força persuasiva. E ele cita o seguinte exemplo: um documento pode ser unívoco, no sentido de ser um documento que comporta um único entendimento, mas pode não ser suficiente para convencer o juiz.¹⁸¹

Este último posicionamento parece ser o que imprime melhor interpretação aos conceitos trazidos pelo legislador, conferindo-lhes abrangência, sem tornar inúteis as distinções efetuadas na lei.

¹⁷⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 79-80.

¹⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 336.

¹⁷⁹ Art. 1.102.A “A ação monitória compete a quem pretender, *com base em prova escrita* sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel” (grifo nosso).

¹⁸⁰ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada** ..., p. 70-71.

¹⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela - algumas questões controvertidas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 26, n. 104, p. 101-110, out./dez. 2001. p. 103-104.

Assim, de maneira concludente, considera-se que, com base no *caput* do art. 273 do CPC, o julgador deverá avaliar a plausibilidade do direito alegado pelo autor, convencendo-se da verossimilhança das alegações e, no que tange à prova trazida pela parte, deverá examinar se ela tem caráter inequívoco, de modo a só admitir interpretação num único sentido, sem ambiguidades.

3.3.1.2 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Ao lado da plausibilidade do direito alegado pelo autor, o inciso I do art. 273 estabelece um segundo requisito, que é a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Neste caso, a antecipação de tutela toma contornos muito próximos daqueles estudados para a tutela cautelar, porque sua finalidade é evitar o perecimento ou a danificação do direito, mas, ao invés de serem adotadas medidas meramente conservativas, priorizam-se as medidas de caráter satisfativo, isto é, que possibilitem à parte a fruição ou entrega do direito, antes mesmo da prolação da decisão final de mérito.

Para Teori Albino Zavascki, o risco a ser avaliado neste requisito deve ser concreto, atual e grave, ou seja, não pode ser um risco meramente eventual ou hipotético e deve ser tal que se apresente iminente no curso do processo e seja potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte.¹⁸²

Estevão Mallet, por sua vez, afirma que a ameaça deve ser objetiva, atual e real; o perigo deve existir e ser provado. Tem-se que demonstrar a relação de causa e efeito, ou seja, que o prejuízo temido certamente virá com a demora na emissão do provimento final¹⁸³.

Como se observa da conceituação acima, este requisito não provoca discussão como aquela descrita no item anterior. Aqui se afirma, com tranquilidade, que se trata do mesmo elemento do *periculum in mora* sobre o qual já se discorreu no estudo da tutela cautelar.

¹⁸² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 80.

¹⁸³ MALLET, Estevão. **Antecipação de tutela no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 60.

3.3.1.3 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

O inciso II do art. 273 dispõe sobre outra hipótese em que se autoriza a concessão da antecipação de tutela, sendo que, juntamente com a plausibilidade do direito alegado pelo autor, deve-se avaliar o comportamento do réu.

Neste contexto, deverá ser examinado se o autor apresentou elementos probatórios suficientes para formar a convicção do juiz a respeito da existência do direito afirmado. Se houver “quadro probatório favorável ao autor, verifica-se a fragilidade da resposta do réu, que deduz argumentos inaplicáveis ao caso concreto ou procura se valer do processo apenas para protelar a solução final”¹⁸⁴.

José Roberto dos Santos Bedaque explicita que o objetivo do legislador foi

agilizar o resultado do processo, pois o direito afirmado pelo autor é verossímil, circunstância que vem reforçada pela inconsistência dos argumentos utilizados pelo réu em sua resposta. Ou seja, a existência do direito é provável não só pelos argumentos deduzidos pelo autor, como por aqueles apresentados na defesa.¹⁸⁵

E prossegue, afirmando que “a postura incorreta do réu autoriza essa solução provisória, não se justificando seja o autor apenado com o retardamento indevido do provimento jurisdicional”¹⁸⁶. O renomado jurista conclui que, neste caso, está em jogo o prejuízo que advém do tempo normal de duração do processo - o chamado dano marginal - e não risco de dano excepcional, causado por outro fator.

Estevão Mallet e Teori Albino Zavascki apontam que este requisito legal tem nítido intuito punitivo, uma vez que a medida se destina “a afastar, do campo do processo, práticas indesejáveis e contrárias ao dever de lealdade processual decorrente do art. 14 do CPC”¹⁸⁷.

José Eduardo Carreira Alvim destaca, ainda, que, aqui, o legislador teve nítido propósito de proteger, também, a função jurisdicional estatal, porque o réu que abusa atinge não somente a parte *ex adversa*, mas também o próprio Estado, porque contribui para a

¹⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 327.

¹⁸⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 326.

¹⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 329.

¹⁸⁷ MALLET, Estevão. **Antecipação de tutela** ..., p. 22. No mesmo sentido, vide ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 77-78.

morosidade da prestação jurisdicional.¹⁸⁸

No mesmo sentido preleciona Luiz Guilherme Marinoni, quando afirma que “a defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor”¹⁸⁹.

João Batista Lopes adverte, contudo, para o fato de que o magistrado deverá avaliar, até mesmo, as situações em que ocorreu apenas erro escusável, por desconhecimento ou má compreensão da técnica processual ou, ainda, inexperiência do advogado. Nestas situações, não haveria abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Teori Albino Zavascki, por sua vez, assinala que o julgador deve observar a efetiva prática de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo, para que se torne legítima a concessão da medida antecipatória.¹⁹⁰

Por fim, a título de curiosidade, citam-se alguns exemplos práticos, trazidos por Marcelo M. Bertoldi, que poderiam dar ensejo à aplicação do inciso II em comento: defesa de pontos antagônicos em processos diferentes; alegações contrárias a documentos exibidos pela própria parte; interposição de recurso manifestamente incabível.¹⁹¹

Da análise acima, conclui-se que o exame deste requisito depende das particularidades de cada caso, cabendo ao juiz avaliá-las à medida que se lhe apresentem no caso concreto.

3.3.1.4 Perigo de irreversibilidade

Conforme já foi adiantado na introdução deste tópico, o julgador deverá avaliar não só a presença dos requisitos previstos no *caput* e nos incisos I e II do art. 273 do CPC, no momento de decidir sobre a concessão ou não da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, como também deverá atentar para o disposto no §2º, que exige exame sobre o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

¹⁸⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 72.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória** ..., p. 18.

¹⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 81.

¹⁹¹ BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 309-331.

Num primeiro momento, é necessário esclarecer que, embora a letra da lei fale em *irreversibilidade do provimento*, certo é que o legislador quis fazer referência à irreversibilidade dos *efeitos práticos do provimento*.¹⁹²

Por outro lado, e também não se fazendo uso da interpretação literal da norma em destaque, hoje em dia já se pacificou na doutrina e na jurisprudência que este *requisito negativo* deve ser avaliado à luz do princípio da proporcionalidade, conforme se verá a seguir.

É que o objetivo da norma, sem dúvida, foi tentar estabelecer um equilíbrio entre os interesses das partes: o do autor, que alega urgência e pleiteia a antecipação dos efeitos da tutela, e o do réu, que não quer ter invadida sua esfera jurídica antes que seja proferida a decisão final.

Entretanto, conforme bem pontuado por Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich, o julgador deverá se preocupar mais com a capacidade da parte em suportar os ônus da demora processual do que com a irreversibilidade dos efeitos da medida,¹⁹³ sob pena de se comprometer todo o instituto da antecipação de tutela.

Existem casos que são, sim, de irreversibilidade fática, mas, aos quais, nem por isso, o juiz poderá deixar de aplicar o instituto. Deve ficar constatado, dentro do critério da probabilidade e da proporcionalidade, que o direito alegado pelo autor é o mais provável e que o autor sofrerá maior prejuízo, caso não seja deferida a tutela antecipada.¹⁹⁴

Assim, tem-se que,

pelo princípio da proporcionalidade, o juiz, ante o conflito levado aos autos pelas partes, deve proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão [...]. É que, embora todos os direitos sejam merecedores de respeito e proteção, o sistema confere *status* mais elevado aos direitos fundamentais do cidadão, irrenunciáveis, indisponíveis e imprescritíveis.¹⁹⁵

Deve haver, portanto, ponderação dos interesses em jogo, uma vez que o objetivo primordial é o equilíbrio, a harmonização e a compatibilização dos princípios, sem negar por completo nenhum deles.

¹⁹² Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 102-103.

¹⁹³ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. **A tutela** ..., p. 138.

¹⁹⁴ CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela antecipada de obrigação de fazer no processo do trabalho - a difícil caminhada em direção à modernidade e à efetividade. **Revista LTr**, São Paulo, v. 63, n. 08, p. 1015-1028, ago. 1999. p. 1018.

¹⁹⁵ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada** ..., p. 85-86.

Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma que se deve buscar o equilíbrio entre a situação desfavorável temida pelo demandante e a situação desfavorável imposta ao demandado. E, nesse caso, o magistrado deve realizar juízos de valor de três formas diversas: (a) *o juízo do mal maior*, pelo qual se investiga quem sofrerá mais - se o autor, quando tiver denegada a medida, ou o réu, com a situação a ser criada, caso a medida seja concedida; (b) *o juízo do mal mais provável*, pelo qual o juiz sopesa possibilidades de dano para saber onde estão os maiores riscos - se é mais provável acontecer o fato temido pelo autor, ou se é mais provável que a concessão da medida cause mal ao demandado; (c) *o juízo em torno do risco do direito naquele momento mais forte*, pelo qual o juiz confronta a pretensão, o direito e os fatos trazidos pelas partes, para saber com quem é mais provável que esteja a razão.¹⁹⁶

Para outros autores¹⁹⁷, em alguns casos, seria possível amenizar a literalidade deste requisito previsto no §2º, passando-se a exigir a prestação de caução, semelhante ao que ocorre na concessão liminar de medidas cautelares, conforme disciplina o art. 804 do CPC, já estudado no tópico anterior.

E, novamente, conforme a observação já registrada naquela ocasião, tem-se que, no processo do trabalho, na grande maioria dos casos, é o trabalhador quem requer as medidas de urgência (aqui, antecipação de tutela), mas que, quase nunca, tem condições de prestar caução.

Aliás, com fincas nesse aspecto e sob a ótica trabalhista, Jorge Pinheiro Castelo assinala que a capacidade econômica das partes não deve servir de critério para avaliar a concessão, ou não, da tutela antecipada, e a possibilidade, ou não, de reverter os seus efeitos. Se fosse assim, na Justiça do Trabalho, quase nunca se poderia conceder a antecipação de tutela.¹⁹⁸

Contudo, vislumbra-se que o próprio §3º do art. 273 determina que sejam observadas as regras da execução provisória na efetivação das medidas antecipatórias. Embora o referido preceito faça remissão ao antigo art. 588 do CPC, tem-se que, hoje em dia, está em vigor é o art. 475-O, sendo que neste dispositivo estão previstas hipóteses de dispensa de caução,

¹⁹⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Estabilização da tutela antecipada e julgamento parcial do mérito. **Instituto Brasileiro de Direito Processual**, Brasília, 15 jul. 2010. 43 p. Disponível em: <<http://novo.direito.processual.org.br/content/blocos/104/1>>. Acesso em: 04 out. 2010.

¹⁹⁷ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 92-93; e LOPES, João Batista. **Tutela antecipada** ..., p. 106-107.

¹⁹⁸ CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela antecipada de ..., p. 1015-1028.

situações que poderiam ser aqui aplicadas, por analogia, para solucionar a questão.¹⁹⁹

O citado art. 475-O, de aplicação subsidiária, estabelece, ainda, a responsabilidade do autor, requerente da antecipação de tutela, caso, ao final, a decisão de mérito, propriamente dita, declare a improcedência do seu pedido. Também aqui, à semelhança do art. 811 do CPC que cuida das medidas cautelares, previu-se a responsabilidade objetiva do requerente pelos prejuízos ocasionados ao requerido.

Entretanto, considerando que o art. 273, nos seus incisos I e II, apresenta-nos duas hipóteses distintas em que é possível a concessão da antecipação de tutela, Teori Albino Zavascki aponta elementos que poderiam ser utilizados para afastar a aplicação, pura e simples, da referida responsabilidade objetiva do autor.

O renomado professor preleciona que, se a antecipação foi concedida com fulcro no inciso I, ou seja, com nítida função assecuratória, seria o caso de se atribuir responsabilidade objetiva ao autor que se beneficiou com a antecipação dos efeitos da tutela. Por outro lado, se a antecipação foi embasada pelo disposto no inciso II, isto é, porque constatado abuso do direito de defesa, denota-se o caráter punitivo da medida, de modo que, tendo havido um ato ilícito por parte do réu, a responsabilidade do autor deveria se dar da seguinte forma: ele deve restituir ao requerido os benefícios obtidos com a antecipação de tutela, mas, em relação aos danos que a execução da medida possa ter acarretado ao réu, só seria responsabilizado o requerente, caso restasse comprovada sua culpa ou dolo, ou seja, aplicar-se-ia a responsabilidade subjetiva nestas hipóteses.²⁰⁰

¹⁹⁹ Transcreve-se, na íntegra, o referido dispositivo:

Art. 475-O. “A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I - corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; III - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. § 1º No caso do inciso II do caput deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. § 2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada: I - quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade; II - nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. §3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado declarar a autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal: I - sentença ou acórdão exequendo; II - certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; III - procurações outorgadas pelas partes; IV - decisão de habilitação, se for o caso; V - facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias”.

²⁰⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 95.

Este parece ser o posicionamento mais consentâneo com o escopo da norma e poderia ser aplicado, inclusive, no âmbito do processo do trabalho, nos casos em que se constatasse abuso do direito de defesa por parte dos empregadores.

3.3.1.5 Revogabilidade

Depois de traçar os requisitos para a concessão das medidas em sede de antecipação de tutela, o legislador disciplinou outros aspectos de cunho procedimental a serem observados.

No §4º do art. 273 há previsão de que a providência concedida pode ser revogada ou modificada a qualquer momento, em decisão fundamentada.

Trata-se, na realidade, de expressão do caráter provisório deste tipo de tutela, tal como já se viu no estudo das medidas cautelares.

Já se discorreu a respeito do nexo da instrumentalidade, ou seja, a relação obrigatória que existe entre a medida proferida em sede de cognição sumária e o processo principal de mérito, realizado em cognição plena e exauriente.²⁰¹ Também já se explicitou que da instrumentalidade decorre a característica da provisoriedade, isto é, a medida produz seus efeitos enquanto perdurar o perigo, a ameaça de dano ou o abuso do direito de defesa a que se propôs evitar.

É daí que se justifica a preocupação do legislador com a possibilidade de reversão de seus efeitos práticos, conforme visto no item precedente. E também dessa característica decorre a sua revogabilidade, da mesma forma já prevista no art. 807 do CPC.

A possibilidade de revogação ou modificação da medida fica condicionada, porém, à alteração nas circunstâncias fáticas que justificaram a providência ou à apresentação de novas provas, conforme já se explicitou no tópico das cautelares.

²⁰¹ É oportuno registrar que a instrumentalidade não supõe, como poderia erroneamente parecer, vinculação com outro processo. A vinculação pode se dar apenas com outra decisão, a ser proferida posteriormente, ainda que dentro de um mesmo processo (Cf. MALLETT, Estêvão. **Antecipação de tutela** ..., p. 48).

3.3.1.6 Tutela de evidência - pedidos incontroversos

Merece destaque, ainda, a redação do §6º do art. 273 do CPC, que permite a concessão de antecipação da tutela “quando um ou mais pedidos cumulados, ou parte deles, mostrar-se incontroverso”.

O legislador, neste tópico, procurou evitar que se fizesse o autor esperar pela realização de um direito que não se mostra mais controvertido,²⁰² motivo pelo qual, para Teori Albino Zavascki, a antecipação de tutela tratada no dispositivo em comento já não mais diz respeito ao conflito entre *segurança* e *efetividade*, mas deita raízes no princípio da celeridade e tem como pressupostos: (a) que o pedido, ou parte dele, não tenha sido seriamente contestado pela parte; (b) que ele seja verossímil e (c) cujo atendimento não esteja subordinado a nenhuma outra questão prejudicial.²⁰³

Luiz Fux, a seu turno, afirma que a legitimação do provimento urgente em prol do direito evidente é algo que se situa entre o *valor limite da certeza* e o piso da *verossimilhança preponderante* e explica que é evidente não só o direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, mas também o direito assentado em fatos incontroversos e notórios, ou fatos confessados em outro processo.²⁰⁴

Aponta-se que a tutela de evidência guarda semelhança com o direito líquido e certo tratado no mandado de segurança, sem ficar limitada ao questionamento de atos praticados por autoridades, podendo abranger, portanto, atos dos particulares.

Para Luiz Guilherme Marinoni, se o autor já trouxe prova que torne os fatos incontestáveis ou não houve contestação séria contra os fatos narrados na petição inicial, não se está mais na seara da probabilidade, o que permitiria que a antecipação de tutela concedida com fincas no §6º fugisse à regra do §2º sobre a irreversibilidade dos efeitos do provimento.²⁰⁵

Parece ser este o entendimento mais acertado e consentâneo com os objetivos desejados pelo legislador.

Nos casos de antecipação concedida nos moldes do referido §6º, a análise a ser feita não guarda relação com os requisitos da plausibilidade do direito ou do *periculum in mora*,

²⁰² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória** ..., p. 98.

²⁰³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 112.

²⁰⁴ FUX, Luiz. **Tutela de** ..., p. 312-313.

²⁰⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória** ..., p. 104.

pois fatos incontroversos são aqueles sobre os quais não paira discussão. Assim, não se justifica atribuir à medida o caráter de provisoriedade.

De igual forma, Jorge Pinheiro Castelo salienta que a tutela de evidência não lida com o perigo de dano ou ameaça ao direito da parte. A tônica é a *eficiência* da tutela jurisdicional, evitando-se que se utilize o longo e custoso caminho do processo de cognição plena, quando o pedido se mostra incontroverso.²⁰⁶

Se o escopo maior que se deve ter em vista é a efetividade da tutela jurisdicional, não é justo fazer com que o autor espere todo o trâmite processual inerente ao rito padrão, quando seu direito, ou parte dele, se revela incontroverso.

Afinal, se

é evidente a existência, em favor do autor, do direito material por ele postulado em Juízo, [...] toda e qualquer defesa eventualmente apresentada pelo réu será objetivamente abusiva e, portanto, *ilegítima* à luz do princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional.²⁰⁷

3.3.2 *A antecipação de tutela específica para obrigações de fazer e não fazer, nos termos do art. 461, §3º, do CPC*

Conforme se destacou, no início do tópico referente à antecipação de tutela, o legislador brasileiro, na reforma de 1994, alterou a redação não só do art. 273, como também do art. 461 do CPC²⁰⁸.

²⁰⁶ Cf. CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na ...**, v. I, p. 60.

²⁰⁷ PIMENTA, José Roberto Freire. *Tutelas de urgência ...*, p. 352.

²⁰⁸ Para que se possa compreender a presente exposição, transcreve-se na íntegra, o art. 461 do CPC:

Art. 461. “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. §6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

E no §3º do referido art. 461 inseriu hipótese de antecipação de tutela, com aplicação específica para as obrigações de fazer e não fazer. Aqui, o legislador definiu como requisitos para a concessão de medidas de cunho antecipatório-satisfativo: (a) a relevância do fundamento da demanda e (b) o justificado receio de ineficácia do provimento final.

José Eduardo Carreira Alvim assevera que o primeiro destes requisitos significa mais do que a mera aparência do bom direito, ou seja, mais do que o *fumus boni iuris* das medidas cautelares,²⁰⁹ enquanto que o segundo requisito traduz uma situação de perigo real ou temido, de modo que as circunstâncias fáticas devem demonstrar que a ausência da concessão da medida poderá comprometer o provimento final. Ele ressalta, entretanto, que o receio de ineficácia não se assemelha ao requisito do inciso I do art. 273, porque não se exige a ocorrência de dano; basta que a ausência da medida renda ensejo a eventual ineficácia da sentença.²¹⁰

Entendemos, contudo, que, na realidade, os requisitos previstos no referido §3º do art. 461 do CPC devem ser analisados da mesma forma que aqueles disciplinados pelo art. 273 já estudado.

Ora, o fundamento relevante aqui exigido equivale à verossimilhança de que trata o *caput* do art. 273, enquanto o receio de ineficácia equivale ao fundado receio de dano descrito no inciso I do mesmo art. 273²¹¹.

Aliás, é bom que se diga, o art. 273 estabeleceu um regime geral para a concessão de medidas antecipatórias, tendo o legislador feito uso dos já mencionados conceitos abertos e indeterminados, exatamente porque a intenção era universalizar o instituto.

Assim, o uso de tais conceitos permite que o art. 273 seja aplicado a um amplo leque de situações que se apresentem na realidade concreta, o que já seria suficiente para abrigar, também, a antecipação dos efeitos das tutelas específicas de obrigações de fazer e não fazer.

Neste contexto, o art. 461, §3º, do CPC deve ser compreendido como forma de privilegiar a antecipação de tutela específica, mas não se lhe deve imprimir interpretação

²⁰⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica** ..., p. 118-119.

²¹⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica** ..., p. 120-121.

²¹¹ A corrente majoritária na doutrina considera que os requisitos disciplinados pelo art. 461, §3º, equivalem àqueles do *caput* e inciso I do art. 273 do nosso CPC. A propósito, vide: ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 180; MALLET, Estêvão. **Antecipação de tutela** ..., p. 37 e 48.

restritiva, de modo a deixar desamparadas as obrigações de fazer e não fazer em relação às demais hipóteses previstas no art. 273.

Isto significa que é possível aplicar o art. 273 também à tutela específica disciplinada no multicitado art. 461, de modo que se possa cogitar de antecipação de tutela nas obrigações de fazer ou de não fazer também nos casos em que ocorra abuso do direito de defesa ou para os casos em que o direito se mostre incontroverso.²¹²

Tem-se, pois, que os dois preceitos legais estão a exigir não uma leitura excludente, mas, sim, complementar, de modo a harmonizar o instituto de antecipação de tutela e compreender a sua ampla aplicação tanto no processo civil quanto no processo do trabalho.²¹³

3.3.3 Aspectos procedimentais da antecipação de tutela

O legislador não previu um procedimento autônomo para a concessão de medidas antecipatórias, da mesma forma como fez em relação às medidas cautelares.

A intenção era universalizar o instituto da antecipação, inserindo-o no bojo do processo de conhecimento, para que fosse aplicado a todas as hipóteses nas quais se verificasse o cumprimento dos requisitos legais, seja pela existência de perigo de dano, de abuso do direito de defesa ou de pedidos incontroversos.

Contudo, não se pode deixar de registrar que, sendo necessário, o julgador poderá fazer uso das regras e prazos estabelecidos no Livro III.²¹⁴

Cabe-nos apontar, agora, de maneira resumida, alguns passos a serem observados no que tange à concessão das medidas de cunho antecipatório e satisfativo.

O procedimento tem início com um pedido formulado pelo autor, de forma oral ou escrita. A maioria dos doutrinadores afirma que a antecipação de tutela não pode ser concedida *ex officio* pelo juiz, porque o *caput* do art. 273 expressamente estabelece que

²¹² Neste sentido, citem-se: MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória** ..., p. 128; ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 182.

²¹³ Hoje em dia é pacífica a aplicação subsidiária dos artigos 273 e 461 do CPC ao processo do trabalho, por força do art. 769 da CLT, uma vez que o diploma celetista é omissivo em relação às tutelas de urgência. Vide, a propósito, MALLETT, Estêvão. **Antecipação de tutela** ..., p. 26-28.

²¹⁴ Neste sentido, MALLETT, Estêvão. **Antecipação de tutela** ..., p. 71.

deverá haver requerimento da parte.²¹⁵

O procedimento previsto para a antecipação de tutela não exige que a pretensão seja formulada em ação autônoma. O pedido deve ser feito de maneira incidental, no curso de um processo já instaurado. Não foi fixado um prazo à parte para que requeira a antecipação, de modo que o pedido pode constar já desde a peça de ingresso, ou pode ser formulado em outra petição, ao longo do feito, ou, até mesmo, no curso da audiência.

Regra geral, ambas as partes devem ser ouvidas antes da concessão da medida, até porque a oitiva das partes é a realização do princípio do contraditório, albergado em sede constitucional.

Contudo, em casos excepcionais, a medida poderá ser concedida *inaudita altera parte*. O juiz deve avaliar se existe risco tão grave e iminente que não se possa aguardar o tempo necessário para efetuar a citação do réu bem como aguardar a sua manifestação.

Também, via de regra, o autor já deve trazer junto com a petição inicial as provas que embasam sua pretensão. Somente em casos excepcionais o juiz poderá abrir espaço para a produção de provas. E, neste contexto, pode-se fazer um paralelo com o art. 804 do CPC, que trata da possibilidade de audiência de justificação prévia, conforme se viu no estudo das cautelares.²¹⁶

Deve-se registrar que o julgador, na análise dos requisitos, tanto da antecipação de tutela, quanto das medidas cautelares, não faz uso de um poder discricionário. Ele não decide longe de qualquer limitação, segundo sua concepção pessoal ou o seu próprio querer. Cabe-

²¹⁵ Como representantes da posição majoritária, a respeito da necessidade de requerimento da parte para concessão da antecipação de tutela, citem-se: LOPES, João Batista. **Tutela antecipada** ..., p. 67; SOUSA, Otávio Augusto Reis de. **A antecipação de tutela e as pessoas jurídicas de direito público: processo civil, processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. p. 41; ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 116-117; FRIEDE, Reis. **Limites objetivos para a concessão de medidas liminares em tutela cautelar e em tutela antecipatória**. São Paulo: LTr, 2000. p. 26. Contudo, no âmbito do processo do trabalho, em vista de suas peculiaridades, alguns autores defendem a possibilidade da atuação *ex officio* do juiz trabalhista. Neste sentido, citem-se: ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. **A tutela** ..., p. 208; MALLET, Estêvão. **Antecipação de tutela** ..., p. 68. Registre-se, porém, que não se trata de admitir amplamente a atuação *ex officio* do magistrado. Eles ressaltam que isto se daria apenas em algumas situações específicas. Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich, por exemplo, adverte para os casos em que o empregado compareça desacompanhado de advogado e o juiz constate situação de urgência. Estêvão Mallet, a seu turno, afirma que, para as situações em que a lei já autoriza a atuação oficiosa do juiz (por exemplo, art. 878 da CLT), a interpretação poderia ser estendida em sede de tutelas de urgência.

²¹⁶ Conforme se ressaltou na nota nº 214, a doutrina aponta que, quando necessário, poderá ser utilizado, de forma subsidiária, o procedimento previsto para as medidas cautelares. Nesse sentido: MALLET, Estêvão. **Antecipação de tutela** ..., p. 71 e também LOPES, João Batista. **Tutela antecipada** ..., p. 96-102.

lhe verificar se estão presentes, ou não, os pressupostos legais para deferir a providência (caso estejam presentes) ou indeferi-la (na ausência deles).²¹⁷

Ora,

o espaço relativamente amplo de que dispõe o juiz ao decidir sobre a liminar ou mesmo sobre a antecipação, e que justamente leva muitos a considerar discricionária a atividade exercida, decorre apenas dos conceitos abertos utilizados pelo legislador ao traçar os pressupostos de tais medidas.²¹⁸

Uma vez que tenha sido concedida a providência antecipatória, deve-se passar à sua efetivação ou ao cumprimento de tal decisão.²¹⁹

Afinal, de nada adiantaria acolher a pretensão do requerente, reconhecendo a urgência ou o comportamento abusivo do réu, ou, ainda, a tutela de evidência, se não se pudesse realizá-la no plano fático.

Assim, é interessante destacar que a execução das medidas se dá de forma imediata no interior do mesmo processo em que foi requerida a antecipação de tutela, não havendo necessidade de instauração de uma ação autônoma de execução.

Cabe ao juiz adotar a fórmula mais adequada para o cumprimento da medida, já que a lei não traçou parâmetros rígidos e nem seria bom que o legislador os tivesse estabelecido. Fica a cargo do julgador analisar as peculiaridades de cada caso.²²⁰

Por fim, é bom lembrar que, sendo modificadas as circunstâncias fáticas que ensejaram a concessão ou denegação da medida, tal pronunciamento jurisdicional poderá ser revisto a qualquer momento, por força do §4º do art. 273, enquanto não sobrevier decisão definitiva de mérito que o revogue ou confirme.

²¹⁷ Cf. MALLETT, Estêvão. **Antecipação de tutela** ..., p. 85. No mesmo sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 122.

²¹⁸ MALLETT, Estêvão. **Antecipação de tutela** ..., p. 86.

²¹⁹ Não é objeto do presente discorrer, com detalhes, sobre o modo de efetivação das medidas concedidas em sede de tutelas de urgência. Contudo, não se pode deixar de fazer referência aos mecanismos processuais colocados à disposição do julgador para que tais medidas sejam efetivadas na prática. E, neste contexto, ganham especial relevo os §§4º e 5º do art. 461 da CLT (vide nota nº 208, para o inteiro teor do referido preceito legal). Marcelo Lima Guerra trata do tema, com propriedade, em sua obra *Execução Indireta*, para a qual se remete o leitor.

²²⁰ Cf. LOPES, João Batista. **Tutela antecipada** ..., p. 103.

3.4 Aproximação entre os institutos da antecipação de tutela e das medidas cautelares

Depois de terem sido delineados os conceitos básicos que caracterizam estes dois importantes mecanismos processuais na *luta* contra o tempo de duração dos processos, é necessário tecer alguns comentários sobre as similaridades ou diferenças que se podem verificar entre eles e que são apontadas pelos estudiosos do assunto.

Na realidade, pelo fato de eles serem tratados em artigos distintos do CPC, a doutrina tem se esforçado em destacar-lhe as diferenças.

Assim, tomando-se, por exemplo, a obra de Teori Albino Zavascki, ressaltam-se suas distinções. Este autor salienta que, na antecipação de tutela postulada com base no art. 273 do CPC, a providência concedida se destina a antecipar os efeitos da futura decisão de mérito, ou seja, os efeitos que se pretende antecipar são os mesmos efeitos que se deseja obter no futuro, com a tutela definitiva.²²¹ Trata-se de providência que produzirá efeitos no plano concreto, da realização do direito material, e que são os mesmos efeitos que se operariam caso o réu tivesse espontaneamente cumprido sua obrigação. É por isso que Teori Albino Zavascki classifica as medidas antecipatórias a partir de seu caráter *provisório*, uma vez que elas mantêm sua eficácia até que sobrevenha a tutela definitiva, que as sucederá com eficácia semelhante.

Afirma ele, por outro lado, que as medidas cautelares têm conteúdo próprio, diverso do conteúdo que se obterá com a tutela definitiva de mérito. O objeto da cautelar não é satisfazer o direito afirmado, mas apenas promover garantias para a sua certificação ou para a sua futura execução. Assim, a providência que se obtém em via cautelar não coincide com os efeitos que se obteriam se tivesse ocorrido o cumprimento espontâneo da obrigação. E aqui Teori Albino Zavascki diz que sobressai o caráter da *temporiedade*, isto é, as cautelares são medidas com eficácia limitada no tempo, mas que não serão sucedidas por outra medida de igual natureza.²²²

Via de regra, os autores apontam, ainda, como elemento de distinção entre os dois institutos, o fato de a antecipação de tutela ter sido inserida no bojo do processo de conhecimento, podendo ser requerida nos próprios autos do processo principal, de maneira

²²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, com destaque para as observações traçadas nas p. 34-35, 53, 58-59.

²²² Destaca-se, uma vez mais, a distinção que alguns autores fazem relação aos conceitos de *provisório* e *temporário*, conforme explicações que constaram da nota de rodapé nº 118.

incidental. O processo cautelar, conforme já se discorreu anteriormente, é classificado como *tertium genus*, sendo tratado em livro próprio do nosso CPC. Embora também possa ser requerido de forma incidental, no curso de uma ação já em andamento, fato é que ele exige procedimento autônomo em autos apartados.²²³

Entretanto, depois que o legislador brasileiro inseriu o parágrafo 7º no art. 273 do CPC, algumas considerações adicionais merecem ser feitas.

Por meio do referido dispositivo, ficou consignado o que se convencionou denominar de fungibilidade entre as medidas antecipatórias e cautelares.

O referido preceito dispõe que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

A partir de então, os doutrinadores passaram a discutir se se trata de fungibilidade recíproca ou se seria uma via de mão única, conforme se passa a expor.

Pode-se dizer que, em geral, os autores que defendem a existência de nítida distinção entre os institutos também defendem a tese de que o §7º configura via de mão única. Isto porque, na visão desta corrente, os requisitos para a concessão da antecipação de tutela são mais rigorosos que aqueles exigidos para a concessão da cautelar. Então, se o autor formulasse pedido de antecipação de tutela, o juiz poderia conceder medida cautelar, mas o inverso não seria possível.²²⁴

Humberto Theodoro Júnior, embora vislumbre nítida distinção entre os institutos, afirma que o juiz deve ser flexível, pois, segundo ele, “é preferível transigir com a pureza dos institutos do que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus direitos e interesses envolvidos em litígio”²²⁵.

Há, ainda, corrente que advoga tese no sentido da existência de fungibilidade recíproca.²²⁶

²²³ Esta distinção é apontada por ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 46; FRIEDE, Reis. **Limites objetivos ...**, p. 20.

²²⁴ Neste sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 46-47.

²²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 201.

²²⁶ Neste sentido: Cândido Rangel Dinamarco e Eduardo Talamini *apud* SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das ..., p. 87; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar ...**, p. 381-382.

Ernane Fidelis dos Santos afirma que, desde que

haja razoabilidade na dúvida dos limites da cautela e da antecipação, possível é que esta se defira como cautelar e aquela em forma de tutela antecipada. E, em qualquer das hipóteses, irrelevante é a forma, devendo os pressupostos de uma e de outra ser atendidos em razão da própria estrutura da medida pleiteada.²²⁷

De fato, o processo não pode se prender a formalismos, conforme já se discorreu no capítulo anterior, quando foi analisada a herança do liberalismo. Se tanto a tutela cautelar, hoje no Livro III do nosso CPC, quanto a antecipação de tutela têm a idêntica finalidade de evitar danos a partir do decurso do tempo, não seria razoável negar o *socorro* a quem dele necessita, por mera formalidade estéril.

É neste sentido, também, a lição de Márcio Louzada Carpena, quando afirma que tanto a antecipação de tutela quanto as medidas cautelares têm “finalidade precípua idêntica: impedir que o tempo, inexorável à entrega da prestação jurisdicional, aliado à possibilidade de ocorrência de determinados fatos, seja fator de corrosão de direitos”²²⁸.

Assim, não se justifica insistir na tentativa de traçar rígida e nítida linha divisória entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela, porque o escopo que norteia ambos os institutos é um só: oferecer segurança.

Neste sentido, oportunos se mostram os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque, quando afirma que “a segurança quanto ao resultado pode ser garantida não apenas por medidas conservativas, mas também antecipatórias”, e conclui que “talvez seja mais proveitoso para o sistema, portanto, identificar as características comuns de tutelas funcional e estruturalmente semelhantes, embora com conteúdo diverso, para incluí-las na categoria única das tutelas de urgência”²²⁹.

Este parece ser o entendimento mais consentâneo com a atual fase evolutiva do direito processual, em que se deseja dar prioridade à obtenção de resultados efetivos, úteis e tempestivos.

Considera-se, pois, que o termo *tutela de urgência* poderá ser utilizado para designar o gênero, englobando todos os tipos de tutela que se destinam a proporcionar alguma espécie de providência imediata por não se poder aguardar o tempo inerente ao desenvolvimento das vias

²²⁷ SANTOS, Ernane Fidelis dos. Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 25, n. 97, p. 195-211, jan./mar. 2000. p. 201.

²²⁸ CARPENNA, Márcio Louzada. **Do processo** ..., p. 104.

²²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 124 c/c p. 228.

ordinárias. O termo *urgência*, aqui, deve ser entendido de maneira mais ampla do que sua acepção comum, envolvendo não apenas situações de dano, mas qualquer situação que cause risco, comprometimento ou embaraço à efetividade da função jurisdicional.²³⁰ Ele engloba o risco ao direito pela sua não-fruição imediata, o risco à execução pelo comprometimento de suas bases materiais, assim como o risco à regular prestação da tutela jurisdicional pela indevida oposição de embaraços.

E, embora Teori Albino Zavascki seja um dos autores que defende a nítida distinção entre as medidas antecipatórias e as cautelares, ele mesmo concorda com o uso deste termo mais abrangente, das *tutelas de urgência*, porque coloca em destaque a relevante e semelhante função constitucional que ambos os tipos de medida visam a desempenhar.

Ele aponta que ambos “são instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição”²³¹.

E, como exemplo que justifique o uso do termo *urgência* em seu sentido amplo, cita o i. jurista as situações em que ocorre o abuso do direito de defesa. Ele explica que pode ser que este comportamento do réu não represente risco de dano ao direito em si, mas é embaraço ao direito de ação - que compreende o direito à prestação da tutela em prazo razoável. Da mesma forma, pode-se citar a hipótese em que o direito postulado seja evidente, ou parte dele seja evidente. A tutela se justifica porque estaríamos diante de empecilho à prestação da atividade jurisdicional.²³²

Então, conclui-se que, no presente trabalho, o termo *tutelas de urgência* será empregado neste sentido amplo, para englobar todas as situações de risco, de perigo de dano ou de comprometimento da efetividade da função jurisdicional.

Entretanto, não se poderia deixar de registrar que, embora em nosso ordenamento jurídico essas formas de tutela tenham sido tratadas em artigos distintos no diploma processual civil, é fato positivo que o legislador tenha feito uso dos já referidos conceitos abertos e indeterminados.

Assim procedendo, buscou ele colocar à disposição dos jurisdicionados mecanismos processuais aptos a atender a todas as hipóteses de urgência, consideradas nesse sentido

²³⁰ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 29-31.

²³¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares ..., p. 62.

²³² Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 29.

amplo destacado acima. Ele permitiu que o julgador atuasse de maneira mais incisiva na concretização das normas, buscando adequar a letra da lei à realidade.

Afinal, conforme se viu no capítulo precedente, as tutelas de urgência constituem uma das garantias integrantes do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

Como bem salienta o i. professor Érico Andrade:

[...] o principal, no sentido evolutivo atual, para que se possa falar em efetividade do processo, é que haja sempre uma medida de urgência à disposição da parte, qualquer que seja ela, durante todo o curso do processo, para combater os efeitos nocivos do tempo necessário de duração da relação processual, a fim de atuar o direito material que constitui seu objeto.²³³

É a partir dessas constatações que se pode passar ao estudo de direito comparado, para averiguar como são tratadas as tutelas de urgência na França e na Itália, na tentativa de contribuir para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico nacional.

²³³ Cf. ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança**: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 84.

4 ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

O problema da demora na entrega da prestação jurisdicional não é exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro. Os autores salientam que ainda não existe, em nenhum país do mundo, o chamado *sistema perfeito*, capaz de oferecer segurança e celeridade quanto aos seus resultados.²³⁴

O desenvolvimento dos estudos em torno das chamadas tutelas de urgência, conforme destacado no capítulo anterior, demonstra a busca incessante pelo aprimoramento do sistema processual.

Cândido Rangel Dinamarco destaca que “aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade aos seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é uma tendência universal, hoje”²³⁵.

E, num mundo globalizado como esse em que vivemos atualmente, intensificam-se a convivência e as relações internacionais, de modo que se torna mais intenso, também, o sentimento de lançar olhares além-fronteiras para descobrir novas perspectivas para o direito nacional.²³⁶

Assim, abrem-se as portas para que se faça um estudo de direito comparado dessa matéria, porque a aproximação realizada pela análise sociológica e pela visão comparativa “leva a novas perspectivas, enfoques e dimensão dos problemas do processo, traduzindo-se em novas escolhas políticas para racionalizar o processo em face da nova e diversa percepção das implicações sociais e políticas dos fenômenos processuais”²³⁷.

O ponto de partida para qualquer estudo de cunho comparativo é ter em mente a utilidade que ele possa trazer para melhor compreensão e operacionalização de pelo menos um dos sistemas jurídicos comparados.²³⁸ Na hipótese presente, interessa-nos trazer ideias positivas para o ordenamento brasileiro.

²³⁴ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 112 e também GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O princípio** ..., p. 153.

²³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade** ..., p. 24.

²³⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Processo Civil** ..., p. 21.

²³⁷ CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na** ..., v. I, p. 41.

²³⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Processo Civil** ..., p. 19.

No estudo comparado que se pretende desenvolver nos próximos tópicos, serão destacados instrumentos processuais existentes na França e na Itália.

A escolha levou em consideração a proximidade da realidade jurídica vivenciada nos três ordenamentos. Em primeiro lugar, pela adoção do sistema romano-germânico ou da *civil law*. Depois, porque França, Itália e Brasil experimentam um quadro de lentidão judiciária com origem, basicamente, nos mesmos fatores socioculturais: (a) o aumento no número de processos e na complexidade das matérias, o que se deve, em parte, ao fato de se tornarem mais complexas, também, as relações sociais e ao fato de o homem moderno ser mais informado e mais ciente dos seus direitos; (b) a deficiência no número de magistrados e servidores, verificada por insuficiência de recursos orçamentários e pelo fato de o processo de recrutamento objetivar manter a qualidade na escolha, não podendo ser tão simples nem tão célere; (c) a inflação legislativa, com leis que, muitas vezes, são confusas e ambíguas, o que aumenta os litígios.²³⁹

Curioso destacar, ainda, que Itália e França ocupam o topo da lista dos países europeus que mais sofrem condenação da Corte Europeia de Estrasburgo pela excessiva duração de seus processos.²⁴⁰

Assim, tendo em vista tais elementos, acredita-se que o estudo comparativo terá melhores condições de trazer real contribuição para projetar reformas com alguma esperança de que sejam eficazes.

Isso porque os referidos sistemas estrangeiros introduziram em seus ordenamentos jurídicos institutos que têm a finalidade, exatamente, de atuar no campo da efetividade da tutela jurisdicional, levando em conta fatores como a urgência e a celeridade. É o chamado *référé* na França e o que na Itália hoje se denomina de instrumentalidade atenuada no procedimento cautelar, com possibilidade de estabilização das decisões sumárias.

Saliente-se que não se pode pretender elogiar ou criticar a experiência de outros países, ficando limitado a imaginar os efeitos que as inovações processuais podem ter trazido a tais ordenamentos. Assim, corre-se o risco de cair em abstrações apenas. É necessário

²³⁹ Cf. JOMMI, Alessandro. **Il référé provision** ..., p. 112-113 c/c p. 156-157. No mesmo sentido, PERROT, Roger. O processo ..., p. 162-163.

²⁴⁰ Cf. JOMMI, Alessandro. **Il référé provision** ..., p. 112-113 c/c p. 156: “*Si tenga presente che la Francia è il secondo paese europeo (dopo l'Italia) a subire più condanne dalla Corte europea di Strasburgo per l'eccessiva durata dei processi*”. Lembrando, ainda, que na Itália foi editada a Lei nº 89, de 24 de março de 2001, chamada *Legge Pinto*, a qual prevê, expressamente, que a parte prejudicada pela desarrazoada delonga processual faz jus a uma indenização. A propósito, vide ANDRADE, Érico. **O mandado de** ..., p. 45-46, nota nº 115, e p. 570-571.

conhecer o instituto, constatar e avaliar os efeitos práticos que ele ocasionou nos países em que as inovações foram introduzidas.²⁴¹

É com base nesse pensamento que se passa a empreender o estudo dos referidos mecanismos processuais existentes na França e na Itália, mas sem perder de vista que nós, na condição de observadores estrangeiros, temos limitações várias para fazê-lo.²⁴²

4.1 França - o sistema do *référé*

No ordenamento jurídico francês existem, assim como no Brasil, medidas que se enquadram no gênero *tutelas de urgência*. Contudo, lá não há uma sistematização como a que ocorre aqui em nosso país, classificando-se as medidas, por exemplo, a partir de seu caráter conservativo ou antecipatório. Na França, a expressão *medidas provisórias* é usada de maneira bastante ampla, sem uniformidade, abrangendo tanto as de conteúdo conservativo, quanto as de caráter satisfativo, assim como medidas típicas e atípicas. Aliás, o termo *cautelar* não encontra um correspondente exato na língua francesa.²⁴³ A aproximação que se faz leva em conta, geralmente, o requisito da urgência.

Caterina Silvestri salienta, até mesmo, que a única noção capaz de unificar a doutrina em torno de uma categoria orientadora é a de *giudizio*, como sinônimo de *pronunciamento giurisdizionale*. Isso considerado, os estudiosos do direito fazem a classificação a partir do

²⁴¹ JOMMI, Alessandro. **Il référé provision** ..., p. 01, tradução nossa de: “*Ora, un giudizio di adesione o di critica che non voglia peccare di astrattezza, non si può limitare ad immaginare gli effetti che la introduzione di una simile tutela potrebbe avere, ma deve anche preoccuparsi di constatare e di valutare quali effetti la tutela in questione abbia avuto in concreto nei paesi in cui essa è stata sperimentata*”.

²⁴² Cf. ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. **A tutela** ..., p. 76. No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco sublinha algumas das dificuldades que se podem encontrar no estudo de ordenamentos estrangeiros em seu artigo: Processo civil comprado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 95, n. 345, p. 19-28, jan/mar. 1999.

²⁴³ Cf. QUERZOLA, Lea. **La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito**. Bologna: Bononia University Press, 2006. p. 48.

objeto e da duração dos efeitos que uma decisão é apta a produzir.²⁴⁴

Entretanto, ainda que exista tal dificuldade, é possível estudar alguns institutos do direito processual francês, tomando por base conceitos que são, na doutrina brasileira, sistematicamente elaborados e definidos. Desta forma, a exposição que foi feita anteriormente no capítulo 3, a respeito das cautelares e da antecipação de tutela no direito brasileiro, será útil e servirá de auxílio para compreender o presente tópico, que visa dar relevo a um procedimento especial que existe no ordenamento jurídico francês, chamado *référé*.

O *référé* tem despertado a atenção dos operadores do direito em todo o mundo por força das suas peculiaridades, assim como pela sua enorme aceitação e sucesso obtidos na prática, conforme se verá a seguir.

Literalmente, *référé* significa “reportar, fazer relação, referência; remeter, aludir”, e o termo foi originariamente utilizado para indicar o *rapport* (relato) feito ao magistrado sobre um fato que exigia sua pronta decisão e sobre o qual ele poderia se pronunciar provisoriamente.²⁴⁵

O instituto tem origem em 1685, quando o *Châtelet* de Paris²⁴⁶ editou uma norma, atribuindo poderes ao lugar-tenente civil²⁴⁷ para que pudesse atuar em casos de urgência. Foi

²⁴⁴ Apenas a título de esclarecimento, serão expostos os quatros tipos de pronunciamento jurisdicional que a doutrina francesa leva em consideração, com base no livro de Caterina Silvestri: (a) *jugement sur le fond*: encontra definição legal no art. 480 do CPC francês de 1975. É entendido como julgamento definitivo. É a sentença, de rito ou de mérito, por meio da qual o juiz define o inteiro juízo (a lide), de modo que tal decisão é suscetível de assumir autoridade de coisa julgada; (b) *jugement avant dire droit*: encontra abrigo no art. 482 do CPC de 1975. É uma decisão que não se destina a definir o mérito, não é passível de coisa julgada e não é imediatamente recorrível, salvo nos casos expressamente previstos em lei. Alguns ressaltam que se trata de pronunciamento puramente preparatório da decisão definitiva de mérito. Não é vinculante em relação ao juízo de mérito, mas só pode ser modificada ou revogada em presença de fatos novos. Há caráter de provisoriedade: nasce e morre com o processo principal, tem eficácia limitada e a decisão definitiva de mérito absorve a provisória. Diz-se que existe instrumentalidade necessária entre a decisão preparatória e a definitiva de mérito. Entre estes dois extremos, existem, ainda, mais duas categorias intermediárias: (c) *jugements provisoires*: também com caráter de provisoriedade, mas se distingue do conceito anterior, de *jugement avant dire droit*. É uma decisão estruturalmente autônoma em relação ao processo de cognição (juízo de mérito); seus efeitos perduram até que sejam revogados, isto é, são efeitos de duração indeterminada. O ajuizamento do processo de mérito é eventual porque é faculdade das partes instaurá-lo. Típica decisão dos casos de *référé*, que serão estudados ao longo deste capítulo. Diz-se que existe instrumentalidade meramente eventual; (d) *jugements mixtes*: é decisão mista, por meio da qual, num capítulo, o juiz decide um aspecto da demanda e noutro capítulo ordena providências instrutórias ou provisórias. É de conteúdo complexo e suas partes são consideradas separadamente: o capítulo que tem cunho decisório recebe tratamento igual ao do *jugement sur le fond*, fazendo cessar o processo em relação àquele aspecto e estando apto a formar coisa julgada; a outra parte, que tem caráter instrutório ou provisório, recebe tratamento igual ao do *jugement avant dire droit*, com eficácia limitada (SILVESTRI, Caterina. **II référé nell’esperienza giuridica francese**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005. p. 38-45).

²⁴⁵ Cf. SILVESTRI, Caterina. **II référé nell’esperienza** ..., p. 19, fazendo referência a um Relatório de Bruxelas de 1828.

²⁴⁶ Châtelet de Paris era o mais importante tribunal da França no Antigo Regime. Era a sede da justiça real (cível e criminal). No caso, a pessoa do Châtelet atuava como um delegado do rei.

²⁴⁷ Lugar-tenente é aquele que detém um lugar ou uma função na ausência do seu titular. Era o substituto natural ou representante do Châtelet, encarregado das matérias cíveis.

elaborado um rol taxativo das situações em que se poderia exigir pronta intervenção de uma autoridade, podendo-se citar, como exemplo, os casos em que pessoas sofriam restrição em sua liberdade em dias de feriado, nos quais o *Châtelet* não poderia ser provocado a atuar conforme o rito ordinário, ou medidas que procurassem evitar o perecimento de mercadorias, ou que visassem o pagamento de pensão alimentícia, ou, ainda, o pagamento de salário a operários ou artesãos que não dispusessem de contrato escrito.²⁴⁸

Inicialmente, a norma se aplicava apenas à cidade de Paris, mas, com o código de processo civil francês de 1806²⁴⁹, o *référé* foi estendido a todo o país.

Ao acolher o instituto, o Código de 1806 ampliou-lhe largamente o campo de aplicação, pois deixou de fazer referência expressa às situações nas quais ele poderia ser utilizado, ou seja, ficou passível de ser aplicado a todo tipo de situação jurídica em que se fizesse presente a urgência. O sobredito código cuidou, ainda, de atribuir os poderes de aplicação do *référé* exclusivamente ao Presidente do Tribunal Civil²⁵⁰, por ser uma figura que gozava de prestígio, além de autoridade moral e jurídica.

Considera-se que foi somente nos anos de 1829-1856 que o presidente do Tribunal Civil de *la Seine, Debelleye*, iniciou uma construção teórica articulada e coerente em torno do *référé*.

Ao longo dos anos, a prática forense provocou uma espécie de evolução *darwiniana*²⁵¹, acrescentando outras hipóteses passíveis de serem resolvidas em sede de *référé*, alargando ainda mais seu campo de aplicação, e pode-se dizer que a edição do novo CPC francês, em 1975, veio como forma de consolidar e reunir todo esse processo de desenvolvimento.

O instituto foi pensado como medida para reagir prontamente a uma situação de urgência. Conferiram-se poderes amplos e discricionários a uma autoridade única, mas que deveria exercitá-los em contraditório, isto é, desde que as partes comparecessem diante dela.

Assim, o *référé* pode ser compreendido como um procedimento sumário,

²⁴⁸ Cf. SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza** ..., p. 22.

²⁴⁹ O CPC francês de 1806 é chamado de *Ancien code de procédure civile*, porque depois dele, já foi promulgado o novo CPC, em 1975, sendo este denominado *Nouveau code de procédure civile*. No CPC de 1806, a matéria era tratada nos artigos 806 a 811. O *référé* era instrumento que objetivava sanar incidentes que surgissem no curso de uma execução forçada ou para os casos de urgência, entendida genericamente, conforme disposto no art. 806: “*Dans tous les cas d’urgence, ou lorsqu’il s’agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l’exécution d’un titre exécutoire ou d’un jugement, il sera procédé ainsi qu’il va être réglé ci-après*”.

²⁵⁰ Assim, em termos de matéria, ainda se vislumbrava restrição à aplicação do *référé*, que se limitava ao âmbito da competência do referido Tribunal Civil.

²⁵¹ Cf. SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza** ..., p. 18.

extremamente simples e rápido, realizado em contraditório (*audita altera parte*), perante juízo singular.²⁵² Em geral, trata-se do presidente do órgão jurisdicional competente, ou outro juiz a quem o presidente tenha delegado tal função.

Por ocorrer em juízo singular, existiu - e existe até hoje - grande preocupação em definir a qual juiz serão imputados os poderes do *référé*, sendo que o legislador cuida de observar que seja um magistrado dotado de suficiente experiência e autoridade para tomar rapidamente uma decisão que possa envolver questões delicadas. Daí se justifica que os poderes recaiam sobre o presidente do órgão jurisdicional correspondente. Tanto que a possibilidade de o presidente delegar tais poderes somente surgiu mais tarde, quando se viu que seria insuficiente atribuir a função a uma única pessoa, pois ela ficaria sobrecarregada. De toda forma, para que se possa escolher a autoridade a quem será delegada a aplicação do *référé*, são sopesadas a antiguidade e a experiência em matérias específicas.

Assim, o juiz do *référé* é um juiz ao qual se atribuíram poderes específicos para atuar nas situações previstas pela lei, o que o diferencia do juiz apto a se pronunciar sobre o mérito da demanda, que seria o juiz que atua no processo de cognição plena e exauriente.

Hoje em dia, entende-se que existe um verdadeiro sistema de *référé*. É um instituto que tem seus principais contornos traçados pela prática forense. Nasceu na jurisprudência, mas ganhou a simpatia do legislador, de modo que a norma escrita o acolheu e, com a intervenção legislativa, foram sendo delimitados os diferentes tipos: *référé classique*, *référé de remise en état*, *référé provision* e *référé probatoire*.

Mais adiante, cada um desses tipos terá suas especificidades delineadas. Por ora, contudo, é oportuno esclarecer-lhes algumas diferenças: o *référé classique* está previsto no art. 808 do nCPC²⁵³ e se liga às raízes do instituto, calcado na presença do elemento urgência; o *référé de remise en état*²⁵⁴ está previsto no art. 809, 1ª parte, do nCPC, e se liga ao objetivo de prevenir um dano iminente ou fazer cessar uma turbação manifestamente ilícita; o *référé provision* (provisão, provisionamento) está previsto no art. 809, 2ª parte, do nCPC e diz

²⁵² Na França, o fato de a chamada jurisdição de urgência (*jurisdiction des référés*) ocorrer perante juízo singular ganha especial destaque. É que se trata de um país com longa tradição de decisões por órgãos colegiados, mesmo em sede de 1ª instância. Como ressalta Roger Perrot, as decisões colegiadas são tidas como “garantia de uma boa justiça”. Este quadro só começou a ser significativamente alterado na década de 1970, especialmente com a edição do novo CPC francês (Cf. PERROT, Roger. *Il nuovo ...*, p. 246-247).

²⁵³ A letra ‘n’ diz respeito ao novo CPC francês, de 1975, em oposição ao antigo, de 1806. Portanto, daqui para frente, será usada a sigla nCPC, que significa, conforme salientando anteriormente, *Nouveau Code de Procédure Civile*.

²⁵⁴ Este tipo de *référé* cuida de medidas conservativas ou restitutórias (de entrega da coisa no estado em que se encontra).

respeito ao pagamento de soma em dinheiro ao requerente, assim como concerne à execução de obrigações de fazer e de dar; já o *référé probatoire* encontra-se no art. 145 do nCPC e, em princípio, se assemelha à nossa medida cautelar para produção antecipada de provas.

A grande peculiaridade do *référé* está na relação que existe entre a decisão proferida em sede sumária e aquela a ser eventualmente proferida no juízo de mérito, que são dois processos distintos. Não existe instrumentalidade rígida entre eles.²⁵⁵

A decisão emanada em sede de *référé* goza de autonomia em relação ao procedimento de mérito de cognição plena e exauriente. É uma decisão pensada para ter caráter provisório, mas que pode se transformar em definitiva, pela inércia das partes. O processo de mérito é eventual, porque é mera faculdade das partes instaurá-lo. A eficácia da medida concedida em sede de *référé* não é subordinada à instauração, dentro de um prazo determinado, do processo de cognição completa, e subsiste mesmo que, depois de instaurado, este seja extinto. A decisão proferida pelo juiz do *référé* tem capacidade de sobreviver por si só no ordenamento jurídico. Assim, a doutrina majoritária diz que ela é provisória em tese, mas pode se transformar em definitiva de fato; ou, ainda, diz-se que ela assume maior estabilidade de efeitos, mas não é apta a produzir os efeitos da coisa julgada.²⁵⁶

²⁵⁵ Conforme se verá adiante, quando se iniciar o estudo a respeito da Itália, é neste aspecto que reside o ponto crucial da alteração legislativa introduzida pela *Legge* n° 80/05. E, na França, com o sistema do *référé*, já se tratava da instrumentalidade atenuada muito antes que o legislador italiano procedesse à referida reforma.

²⁵⁶ A doutrina majoritária afirma esta inaptidão a produzir os efeitos da coisa julgada com base no art. 488 do nCPC, que dispõe: “*L’ordonnance de référé n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée*”. Nesse sentido, veja-se: SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell’esperienza** ..., p. 72-73; também JOMMI, Alessandro. **Il référé provision** ..., p. 72; e ainda BUONCRISTIANI, Dino. Sistema dei ‘référés’: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pre-giudizio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, anno LX, n. 02, p. 575-600, giugno 2006. p. 595.

Lea Querzola, porém, adverte que essa não é a melhor interpretação que se deva imprimir ao referido art. 488 do CPC francês. Para ela, o legislador quis apenas ressaltar o fato de que o juiz do eventual processo de mérito que possa ser instaurado não está vinculado ao que restar decidido em sede de *référé*. Ela registra, até mesmo, que a noção de coisa julgada não é a mesma no ordenamento francês e no italiano (Cf. QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., p. 59-63).

Contudo, Caterina Silvestri esclarece a questão: no ordenamento jurídico francês a autoridade de coisa julgada consiste numa presunção de veracidade que acompanha o ato jurisdicional desde o momento da sua emanção. A força dessa presunção provoca duas consequências: a *executividade* do provimento e a sua *irrevogabilidade*, que não necessariamente se fazem presentes em momento coincidente, mas que vão dando corpo à formação progressiva da coisa julgada nos aspectos formal e material. Assim, o provimento assume força de coisa julgada quando não é, ou não é mais, suscetível de recurso que possa suspender (ou impedir) a execução. Depois, quando a decisão não é passível, nem mesmo, de ser discutida pela via dos recursos extraordinários, é que se agrega o seu caráter de imutabilidade. Deve-se dizer, ainda, que, a coisa julgada atinge apenas o dispositivo da decisão, mas não se estende à sua motivação; a plena eficácia da coisa julgada se opera entre as partes e impede que a matéria já decidida seja novamente discutida em outra ação. (Cf. SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell’esperienza** ..., p. 02). A título de curiosidade, diga-se que as características citadas acima pela insigne autora italiana podem ser também encontradas no ordenamento jurídico brasileiro, nos artigos 469, 471 e 472 do nosso CPC.

Assim, em que pese a ponderação efetuada por Lea Querzola, é de se concluir, com a corrente majoritária, que a *ordonnance* (que é a decisão proferida pelo juiz em sede de *référé*) não tem força de coisa julgada.

O outro aspecto que merece destaque é a força executiva da decisão proferida pelo juiz - a *ordonnance*. Ela goza de força executiva imediata, de pleno direito, com eficácia incisiva, não sujeita a efeito suspensivo em nenhuma hipótese, mesmo que sejam admitidos meios de impugnação contra ela, ou mesmo que seja instaurado o processo de cognição exauriente.²⁵⁷

Até aqui, foram registrados alguns aspectos gerais do instituto, podendo-se passar ao estudo de suas particularidades.

4.1.1 A competência em sede de *référé*

Na França, a organização judiciária compreende cinco grandes áreas, divididas conforme a matéria: civil, comercial, trabalho, agrário (rural) e seguridade social.

Assim, a matéria de contencioso social e previdenciário é julgada nas *Jurisdictions de sécurité sociale*; a matéria agrária ou rural é julgada pelo *tribunal paritaire de baux ruraux*; a matéria trabalhista é da competência do *conseil de prud'hommes*²⁵⁸; a matéria comercial fica a cargo do tribunal de *commerce*, e o restante das matérias que não se enquadra em nenhuma das jurisdições anteriores, ou seja, o direito comum, civil, residual, compete ao tribunal de *grande instance*.

Esta divisão em razão da matéria se reflete, também, no tratamento dispensado ao sistema do *référé* no CPC francês: no primeiro livro, nos artigos 484-492, há a disciplina de caráter geral;²⁵⁹ nos artigos 808-811 está o *référé* perante o presidente do tribunal de *grande*

²⁵⁷ Esta força executiva da *ordonnance* gera discussão a respeito da possibilidade de reversão da decisão. Existe grande preocupação com a exigência de garantia (caução), sendo que, via de regra, aplicam-se os princípios de contracautela já existentes nas normas que dispõem sobre execução provisória de decisões, que é processada ao risco do credor. Mesmo levando em conta tais fatores, não se admitia a suspensão da execução da *ordonnance* em nenhuma hipótese. Apenas em 2004 é que foi alterada a redação do art. 524 do nCPC, conferindo poderes ao *premier président* para suspender a execução da *ordonnance* nos casos em que tenha havido manifesta violação ao princípio do contraditório (Cf. SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza** ..., p. 96).

²⁵⁸ Na França, as matérias trabalhistas são julgadas por órgãos colegiados, de representação paritária, tal como ocorria no Brasil, antes da Emenda Constitucional nº 24/99, que dispôs sobre o fim dos juízes classistas na Justiça do Trabalho.

²⁵⁹ Na realidade, as normas de caráter geral previstas nos artigos 484-492 podem ser utilizadas pelo juiz de mérito como um procedimento diferenciado a ser seguido, ou seja, o juiz procede “como em *référé*”, mas a sua decisão terá valor e eficácia de provimento definitivo de mérito. Nesse sentido: BUONCRISTIANI, Dino. Sistema dei ‘*référés*’..., p. 584. É uma situação diferente daquela que ora está sendo objeto de exame no ordenamento jurídico francês, pois, conforme já foi relatado na nota nº 256, nos casos típicos de *référé*, a *ordonnance* não tem força de coisa julgada.

instance; nos artigos 848-850, o *référé* perante o tribunal *d'instance*²⁶⁰; nos artigos 873-874, o *référé* perante o tribunal *de commerce*; nos artigos 893-896, o *référé* perante o tribunal *paritaire des baux ruraux*, e assim por diante.²⁶¹

De maneira geral, a distribuição de competência no *référé* acompanha essa organização judiciária, de modo que, para resolver as matérias de direito civil, em sede de *référé*, a competência é do presidente do *tribunal de grande instance*; para as matérias de direito comercial, a competência é do presidente do tribunal *de commerce*, e assim sucessivamente. Contudo, há exceções.

Em alguns casos, atribui-se competência ao juiz do local de execução da decisão. Exemplo comum é quando se trata de bem imóvel, sendo competente o juiz do lugar em que se situa o imóvel.

Em outros casos, leva-se em conta a especialização do julgador. Por exemplo, direito de família é matéria que se enquadra na competência do *tribunal de grande instance*, mas, dentro dele, é como se existissem câmaras especializadas, de modo que, num *référé* que cuide de direito de família, será competente o *juge aux affaires familiales*. Da mesma forma, para os casos de execução, é competente o *juge de l'exécution*.

Por outro lado, há situações em que a lei expressamente prevê a competência do presidente do *tribunal de grande instance*, mesmo que a matéria, originariamente, não seja da sua competência. É o que ocorre, por exemplo, com as questões de direito coletivo do trabalho. Embora se pudesse supor que a competência devesse recair sobre o *conseil de prud'hommes*, na verdade, o *référé* em tais situações fica a cargo do presidente do *tribunal de grande instance*, por opção do legislador.²⁶²

Ainda, a título de curiosidade, diga-se que, tal como existe a cláusula arbitral ou compromissória, em que as partes escolhem submeter eventual conflito a um árbitro, em

²⁶⁰ O tribunal *d'instance* era o antigo juiz de paz. Nele as decisões são monocráticas. Conforme se registrou na nota nº 252, a França tem tradição de decisões colegiadas. O aumento da competência deste tribunal *d'instance* reflete a tendência iniciada na década de 1970, no sentido de que as decisões passassem a ser proferidas por juízo singular.

²⁶¹ Estes dispositivos legais dizem respeito ao novo CPC francês, de 1975, em que o *référé* já tinha se consolidado, com seu âmbito de aplicação estendido a todas as matérias. Contudo, esta ampliação, foi, na verdade, gradual, pois, no início, apenas o presidente do *tribunal de grande instance* poderia atuar como juiz de *référé*, e apenas para matéria civil. Foi aos poucos que o legislador alterou esse quadro, estendendo a aplicação do instituto e atribuindo competência aos respectivos tribunais, de acordo com a matéria que lhes incumbia. Assim, em 1924 foi estendido ao tribunal *de commerce*; em 1946, ao rural; em 1974, ao do trabalho, e assim sucessivamente.

²⁶² Cite-se, como exemplo, o caso em que trabalhadores em greve ocupam alguma propriedade, ou algum local da própria empresa, sendo necessário decidir a respeito de sua retirada e da desocupação do lugar.

alguns casos a lei permite essa escolha das partes em submeter eventual conflito ao juiz do *référé*, configurando-se o que se denomina *référé contractuel*.

Assim, é necessário compreender que o legislador francês cuidou de bem explicitar os limites relativos à distribuição de competência em sede de *référé*, podendo-se afirmar, de maneira simplificada, que o critério mais comum para tanto diz respeito à especialização do juiz nas matérias previstas em lei. Isso se justifica em face da preocupação, já salientada anteriormente, de que o juiz do *référé* deve ser escolhido entre pessoas dotadas de suficiente experiência e autoridade para tomar rapidamente uma decisão que possa envolver questões delicadas.

4.1.2 O procedimento em *référé*, passo a passo

Conforme foi ressaltado anteriormente, o *référé* é um procedimento sumário, simples e rápido. Logicamente, nele podem ser identificadas as fases postulatória, instrutória e decisória, ainda que, em alguns casos, elas se interpenetrem de tal maneira que pareça difícil delimitar, com exatidão, seus contornos.

Outro aspecto que se deve ter em mente é a imensa gama de poderes atribuídos ao juiz. Isso decorre, em grande parte, da raiz histórica do instituto, que é, primordialmente, de construção jurisprudencial. Assim, o legislador, não raro, absteve-se de traçar regras muito claras ou rígidas, o que deixou aberto o espaço para a discricionariedade do julgador.

Serão destacados, a seguir, os atos essenciais e algumas características que fazem do *référé* este instituto singular e que desperta a curiosidade de estudiosos em diversos ordenamentos jurídicos:

- a) o autor apresenta seu pedido de forma oral ou escrita. É um procedimento que pode ser instaurado *ante causam* ou no curso do processo de mérito²⁶³;
- b) o juiz ordena a citação por oficial de justiça e marca data e hora da audiência. A lei não fixa prazo rígido; fica a cargo do juiz observar um prazo tal que permita razoável intervalo para o réu formular sua defesa. Ele deve sopesar o direito do autor - se é

²⁶³ Quando já existe procedimento de mérito em curso, o *référé* poderá ser proposto autonomamente até o momento em que não tenha sido designado juiz instrutor (o chamado *juge de la mise en état*). Se no feito principal já foi designado o juiz instrutor, é dele a competência para decidir sobre as medidas provisórias, em virtude do art. 771 nCPC (Cf. SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza** ..., p. 142).

urgente, e quão urgente - em contraposição ao direito de defesa do demandado. Assim, o intervalo pode ser de apenas um dia, de algumas horas, ou até mesmo, inferior a isso (*référé d'heure à heure*).²⁶⁴ Normalmente os órgãos judiciários separam dias específicos para as audiências do *référé*. Mas nos casos em que o juiz verifique necessidade (em face da urgência), ele pode marcar audiência fora dos dias previamente agendados, inclusive em dias de greve e feriados. Tudo isso fica no campo da discricionariedade do julgador;

- c) via de regra, o juiz do *référé* decide de forma monocrática, em 1ª instância; contudo, esse juízo singular não é elemento essencial ao instituto. O magistrado vai poder avaliar se a situação é muito grave ou tão difícil que precise ser decidida por órgão colegiado. Também esse aspecto de avaliação fica no campo da discricionariedade do juiz, cabendo-lhe examinar se a causa é grave, ou muito complexa, ou se exige certa solenidade. Outra exceção que se coloca em relação ao juízo singular diz respeito às matérias trabalhistas. É que, nesse campo, sempre existiu a tradição de julgamento por órgão colegiado, de representação paritária.²⁶⁵ Dessa forma, quando se trata de *référé* de competência do *Conseil de prud'hommes*, tem-se decisão por um órgão colegiado, composto por um conselheiro representante dos empregados e, por outro, dos empregadores, designados anualmente pela Assembleia Geral do *Conseil*;
- d) a citação do réu em sede de *référé* não produz idênticos efeitos àquela do procedimento ordinário de cognição exauriente: é apta a interromper a prescrição, mas não autoriza o início da contagem de juros de mora. Por questão de diferença procedimental, não induz litispendência em relação ao processo de mérito;
- e) o juiz avalia se estão presentes os requisitos do *référé*: a urgência, por exemplo, se for o *référé* tradicional, ou a ausência de contestação séria, se for o *référé provision*. Se não for situação que se enquadre nos limites do seu poder, ele deve se abster de se

²⁶⁴ Caterina Silvestri cita um exemplo útil para entender esse procedimento: um canal de TV iria exibir um programa com informações sobre as atividades desenvolvidas por uma Associação (*Association des Chevaliers du Lotus d'Or*). A Associação considerava que tais informações tinham caráter difamatório e provocou o juiz de 1ª instância em sede de *référé* (presidente do *tribunal de grande instance*) para obter ordem de proibir a transmissão do programa. O juiz indeferiu a pretensão, e a Associação postulou perante a Corte de segundo grau autorização para propor apelação seguindo o procedimento *d'heure à d'heure*, sendo que seu pedido foi acolhido, neste aspecto. O canal de TV iria exibir o programa às 20h45min. A audiência tinha sido fixada para 19h15min; contudo, a notificação do demandado somente foi recebida às 19h20min; assim, a audiência foi remarcada para 19h55min, tudo no mesmo dia. O prazo de 35min não foi considerado lesivo ao direito de defesa do demandado, levando em conta a urgência e os direitos envolvidos: liberdade de expressão e direito à imagem (Cf. SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza** ..., p. 135-136).

²⁶⁵ Vide nota nº 258.

pronunciar²⁶⁶. E, havendo requerimento das partes, deverá remetê-las ao juízo do mérito. A conversão do *référé* em rito ordinário é chamada, em francês, de *passerelle* (passagem);

- f) as partes comparecem perante o juiz na data e hora marcadas para a audiência. Em sede de 1ª instância, não é obrigatória a presença do advogado; mas, para as instâncias recursais, sim. Na prática, porém, é raro as partes comparecerem sozinhas. A doutrina destaca que a ausência do advogado traz o risco de ações inadmissíveis, mal formuladas, com arguições ou alegações confusas, o que prejudica os propósitos de celeridade e eficácia do *référé*;
- g) se o autor não comparece, o procedimento é extinto, salvo se o demandado requerer o seu prosseguimento. Se o réu não comparece, desde que tenha sido regularmente citado, o feito prossegue à sua revelia;
- h) a lei não traçou normas específicas para a fase de instrução e julgamento - ficou a cargo da jurisprudência e da doutrina fazê-lo, sempre tendo em mira os princípios que regem o instituto, em especial a celeridade, a simplicidade e a informalidade. Em tese, o *référé* foi pensado para exaurir-se em audiência única, baseada na oralidade e imediatidade. A inicial pode ser emendada na própria audiência, desde que o demandado esteja presente ou representado em juízo;
- i) de maneira geral, as partes já trazem as provas que embasam suas pretensões. Mas não é proibido ao juiz, *ex officio* ou a requerimento, proceder à fase instrutória (que pode ocorrer na mesma audiência ou em outra assentada). De toda forma, é uma fase instrutória limitada; do contrário, seria estranha à técnica de cognição sumária ínsita ao *référé*. Curioso notar, ainda, que é muito comum, especialmente no *référé provision*, as partes já terem previamente se utilizado do *référé probatoire*, de modo que já estão de posse das provas necessárias - às vezes, até mesmo um laudo pericial;
- j) admite-se a intervenção de terceiros (muito comum nas ações sobre construção de imóveis) e admite-se a reconvenção (esta, de mais rara ocorrência);
- k) é um procedimento essencialmente oral, embora não seja proibido às partes apresentar

²⁶⁶ Alessandro Jommi chama a atenção para a diferença que deve ser feita entre a distribuição de competência, que foi vista anteriormente e diz respeito, majoritariamente, à organização judiciária conforme a matéria, e os poderes jurisdicionais atribuídos ao juiz do *référé*. Em relação ao último aspecto, configura-se ele pelos limites traçados na lei, que define se há campo para aplicação do *référé* e quais as medidas que se inserem no poder do juiz. No caso dos poderes jurisdicionais, o aspecto primordial a ser levado em conta é que o juiz do *référé* não detém os mesmos poderes que o juiz de mérito (Cf. JOMMI, Alessandro. **II référé provision** ..., p. 12-13).

suas petições escritas. Em audiência ocorrem os debates, isto é, as partes apresentam suas razões, suas alegações. Depois disso, o juiz profere a decisão, que também está sujeita aos limites da lide, ou seja, deve haver correspondência entre o que foi postulado e o que foi deferido. A decisão deve apresentar um resumo das pretensões e deve, também, ser motivada;

- l) fala-se em autossuficiência das decisões proferidas em sede de *référé*. Assim, o juiz do *référé* é apto a decidir sobre despesas processuais, tem poder para fixar *astreintes*, pode proceder à liquidação da condenação, decidir sobre multa por litigância de má-fé. Enfim, ele deve ser apto a resolver todos os aspectos secundários que surgirem;²⁶⁷
- m) a decisão do *référé* pode ser revista pelo próprio juiz que a proferiu nos casos em que surgirem *circunstâncias novas*, desde que haja requerimento da parte. Por *circunstâncias novas*, entendem-se os fatos novos supervenientes, ou os preexistentes, mas que eram desconhecidos pelas partes, e, ainda, o surgimento de novas provas. Não se incluem em tal conceito os fatos preexistentes, de conhecimento das partes, mas que não tenham sido alegados no curso do *référé*; tampouco se incluem as modificações da legislação;
- n) a decisão do *référé* não vincula o juiz de mérito. Importante destacar, ainda, que, se a parte deixou de arguir, em sede de *référé*, alguma exceção, seja no tocante à matéria processual ou de mérito, não ocorrerá preclusão em relação ao eventual processo de mérito, ocasião em que poderá argui-las. E sempre que houver decisão de mérito, esta prevalece sobre a *ordonnance* do *référé*;
- o) a decisão do *référé* tem caráter provisório. Este termo gera alguma discussão na doutrina, sendo que há autores que identificam o aspecto da provisoriedade com a inaptidão para produzir os efeitos da coisa julgada; outros, com a característica de não vincular o juízo de mérito.²⁶⁸ De toda forma, a doutrina majoritária usa outros dois termos que são menos controvertidos entre os autores: diz-se que a decisão é *provisória em tese*, podendo se transformar em *definitiva de fato*. É curioso notar, porém, que, no caso concreto, levando em conta a peculiaridade das circunstâncias apresentadas, o juiz do *référé* poderá fixar um prazo peremptório para a parte instaurar o processo de mérito, sob pena de a *ordonnance* perder sua eficácia. É hipótese muito

²⁶⁷ Contudo, nem sempre foi assim. Com relação às *astreintes*, por exemplo, somente na década de 1950 é que foi reconhecida essa possibilidade ao juiz do *référé* (Cf. SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza ...**, p. 87), sendo válido registrar, a título de curiosidade, que o instituto das *astreintes* existe, no direito francês, desde inícios do séc. XIX, também de origem puramente pretoriana (Cf. GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 110).

²⁶⁸ Vide nota nº 256.

rara, mas que merece ser mencionada;²⁶⁹

- p) por fim, cabe fazer algumas considerações a respeito dos meios de impugnação da decisão proferida em sede de *référé*. Deve-se esclarecer, porém, que a escolha das partes em submeter a mesma controvérsia ao processo de cognição exauriente não equivale à utilização de um meio de impugnação do *référé*. São duas etapas independentes. A possibilidade de instaurar o procedimento padrão existe como contrapeso ou como garantia, para resguardar o direito ao devido processo legal. Mas a parte pode prosseguir com o processo de cognição plena e exauriente ao mesmo tempo em que recorre, ou não, do *référé*.

Normalmente, segue-se a estrutura recursal do procedimento ordinário. Assim, por exemplo, se no procedimento ordinário existe vedação a alguns recursos, em razão do valor da causa, o mesmo ocorrerá no *référé*. Entretanto, nesse procedimento sumário, a preocupação maior foi com a redução dos prazos recursais.

Lembre-se que a *ordonnance* goza de força executiva imediata, não sujeita a efeito suspensivo.

Existem três tipos de recursos: oposição, apelação e recurso de cassação.

A oposição configura, na realidade, um juízo de retratação, que ocorre perante o mesmo juiz que emitiu a *ordonnance*. Só pode ser utilizada nos casos expressamente previstos, podendo-se citar, como exemplo de seu uso, caso em que se deseja afastar a declaração de revelia, ou, ainda, quando tiver havido vício de citação. O prazo para sua interposição é de quinze dias, sendo que, no procedimento ordinário, é de um mês.

O recurso mais comum é a apelação. Este remete o reexame da controvérsia a um órgão colegiado de 2ª instância, que terá amplos poderes para manter, reformar ou cassar a decisão de 1ª instância. O prazo para a sua interposição, em sede de *référé*, é a metade

²⁶⁹ Vários autores citam, como exemplo, o caso Mitterrand, em 1996. O médico particular do Presidente François Mitterrand, em conjunto com um jornalista, iria publicar um livro, revelando detalhes sobre a doença do Presidente. A família dele (esposa e filhos) fez uso do *référé* para tentar impedir a divulgação e publicação do livro. O juiz considerou que o médico violou sigilo profissional, que houve grave invasão da privacidade da vida familiar, que o livro seria publicado pouco após a morte de Mitterrand, em suma, houve abuso da liberdade de expressão, o que caracterizaria conduta manifestamente ilícita, nos termos do art. 809, 1ª parte, do nCPC. O pedido da família do Presidente restou acolhido, tendo sido proibida a divulgação do livro. Foi interposta apelação. A corte de 2ª instância manteve a *ordonnance*, mas fixou o prazo de um mês para que fosse instaurado o processo de mérito. Assim, se fosse respeitado o prazo, a decisão do *référé* seguiria produzindo seus efeitos, a não ser que o juiz de mérito dispusesse diferentemente. Caso se desrespeitasse o lapso indicado, a *ordonnance* perderia seus efeitos (Cf. SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza** ..., p. 79-80). Possivelmente, a Corte optou por fixar um prazo de duração dos efeitos da medida, levando em conta os valores constitucionais em jogo: direito à liberdade de expressão x direito à privacidade.

daquele observado no procedimento ordinário, ou seja, também é de quinze dias. Dados estatísticos apontam, contudo, que o uso da apelação é reduzido, ocorrendo em apenas 6,2% dos casos de *référé*. No procedimento ordinário, a margem de recorribilidade é de 14,2%.²⁷⁰

É cabível, ainda, o recurso de cassação, algo equivalente ao recurso especial ou extraordinário aqui no Brasil, porque envolve a Corte de Cassação. Na realidade, este recurso só foi estendido ao âmbito do *référé* no final da década de 1960, porque antes, em virtude do caráter provisório da decisão do *référé*, que poderia ser submetida ao juiz de mérito, isso era vetado. Depois, como o instituto ganhou importância na prática e como a *ordonnance* goza de uma força executiva incisiva, este posicionamento precisou ser revisto. A Corte de Cassação avalia a legalidade da decisão, isto é, se está em conformidade com o ordenamento jurídico. O prazo para interpor este recurso é o mesmo do procedimento comum, de dois meses, salvo expressa disposição em contrário.

Interessante registrar que é admitido, também, em sede de *référé*, o recurso do terceiro interessado, ou seja, daquele que, não sendo parte, tenha sido lesado ou tenha um interesse ameaçado pela *ordonnance*.

Por fim, é oportuno salientar que, contra a decisão proferida em sede de *référé*, não cabe ação rescisória, porque este meio de impugnação é incompatível com a natureza provisória da *ordonnance*. Além disso, a doutrina considera que, já existindo outros meios para se modificar tal decisão, como, por exemplo, pela presença de *circunstâncias novas*, conforme foi dito no item de letra *m*, entende-se que, por seu intermédio, já estariam abrangidas as hipóteses passíveis de serem discutidas em sede de rescisória, quais sejam, fraude, falsidade de documentos ou de provas e existência de documentos novos.

4.1.3 As espécies de *référé*

4.1.3.1 Référé classique ou tradicional

Está previsto no art. 808 do nCPC, nos seguintes termos: “em todos os casos de urgência, o presidente do tribunal de grande instance pode ordenar em *référé* todas as medidas

²⁷⁰ Cf. JOMMI, Alessandro. **II référé provision** ..., p. 153, nota nº 115.

que não deparam com contestação séria ou que justifique a existência de uma controvérsia”²⁷¹.

A urgência constitui pressuposto indispensável, mas não exaure as condições estabelecidas na norma e que configuram os limites para concessão da medida. Ao lado da urgência, duas outras situações devem estar presentes, de forma alternativa: ausência de contestação séria ou existência de uma efetiva controvérsia que justifique a pronta intervenção do juiz.

A urgência é o elemento primordial do instituto, sobre o qual foram construídas as bases do *référé*. É ela que justifica os poderes especiais conferidos ao juiz, assim como justifica a simplificação do rito. Trata-se de conceito aberto, indeterminado, que não encontra definição em sede legislativa. Assim, há doutrinadores que a definem como “a necessidade que não tolera atrasos; o perigo de tal forma imediato que nenhum tipo de citação, ainda que a breve prazo, seria capaz de afastar”²⁷²; como a “força de uma pressão iminente”²⁷³ ou, ainda, considera-se que existe urgência, quando o atraso no processo cria um prejuízo irreparável à parte.²⁷⁴

Na realidade, o conceito aparenta ser simples, mas é bom não incorrer em enganos, pois a noção varia conforme a matéria, as circunstâncias, o tipo de medida requerida, a situação das partes.²⁷⁵ De maneira geral, porém, pode-se dizer que a urgência é entendida como a necessidade de neutralizar os tempos de espera no processo ordinário, porque o atraso na decisão pode comprometer o interesse da parte; também se caracteriza a urgência, quando há ameaça de a parte requerente do *référé* sofrer prejuízo (reparável ou irreparável) e, assim, o requisito se aproxima do conceito de *periculum in mora* das medidas cautelares do direito italiano e também do brasileiro.

²⁷¹ Tradução nossa de: “*Dans tous les cas d’urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l’existence d’un différend*”.

²⁷² GARSONNET e CÉSAR-BRU *apud* SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell’esperienza** ..., p. 57.

²⁷³ HÉBRAUD *apud* SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell’esperienza** ..., p. 57.

²⁷⁴ MOREL *apud* SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell’esperienza** ..., p. 57.

²⁷⁵ QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., p. 50-51. A autora salienta que a Corte de Cassação francesa considera a urgência uma questão fática, recusando-se a oferecer uma definição para o requisito, dizendo que ele somente pode ser examinado pelas instâncias de mérito. Isso contribui para criar incerteza em torno da noção de urgência e, na prática, gera decisões com *motivação padrão*, ou seja, o juiz se limita a dizer algo similar a “[...] estando presente a urgência [...]”, sem delimitar-lhe os contornos (o que, para nós, equivaleria quase à ausência de motivação).

O novo CPC francês, no referido art. 808, não individuou as situações suscetíveis de tutela, tampouco o tipo de perigo que as medidas visam a afastar, e, conseqüentemente, deixou livre o conteúdo dessas medidas, de modo que resta acentuada a atipicidade do instituto, bem como o campo de discricionariedade do juiz. Assim, ele poderá buscar o conteúdo que lhe pareça mais apropriado a produzir efeitos oportunos no caso concreto.²⁷⁶ Com a prudência que se recomenda quando se estudam ordenamentos jurídicos diversos, pode-se aproximar este dispositivo francês ao poder geral de cautela previsto no art. 700 do CPC italiano ou no art. 798 do CPC brasileiro.

Isto significa que o *référé* clássico se aplica a todas as situações em que se caracterize a urgência, sejam elas de direito absoluto, obrigacional ou real.

Quanto aos outros elementos que constam da norma, eles suscitam problemas hermenêuticos e diz-se, com frequência, que não foi feliz o legislador na formulação do art. 808 nCPC.

Em realidade, na redação do art. 809 do antigo CPC, constava que o juiz do *référé* era impedido de tomar decisões que implicassem solução de uma séria dificuldade. Isto porque, originalmente, em sede de *référé*, o juiz não poderia adentrar o mérito da lide. Considerava-se que ele havia sido investido de poderes apenas para ordenar medidas urgentes, remediar um estado de crise, mas sem, com isso, resolver a controvérsia de fundo. Por exemplo, entendia-se que o juiz do *référé* poderia cuidar de medidas que neutralizassem os efeitos de um ato que, em cognição sumária, fosse considerado manifestamente ilegítimo, inválido ou ilícito, mas ele não poderia se pronunciar sobre a nulidade ou anulabilidade de tal ato.

Contudo, em 1971, o legislador substituiu a expressão da antiga norma, que vetava adentrar o mérito²⁷⁷, pelo elemento da *ausência de contestação séria*. E aí surge a dificuldade em definir tal pressuposto²⁷⁸.

A nova exigência legal é entendida como a possibilidade de o juiz perceber, de imediato, se as circunstâncias de fato ou de direito que constituem o objeto da lide são fundadas ou não. É um estado visível e manifesto que permite ao juiz essa valoração imediata, e que, em consequência, torna desnecessária a fase instrutória, ou a permite de maneira

²⁷⁶ Cf. QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., p. 49.

²⁷⁷ *Préjudicier au principal*.

²⁷⁸ Novamente, em relação ao conceito de *contestação séria*, a doutrina prefere que a valoração seja feita caso a caso, diante de uma situação concreta, ao invés de procurar uma definição teórica geral, pois esta, certamente, se apresentaria falível (Cf. QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., p. 51).

restrita ou limitada. A doutrina francesa fala em teoria da evidência.²⁷⁹

A contestação séria é aquela apta a superar o *princípio de evidência* do direito até então trazido pelo autor.²⁸⁰ Também será séria se, para determinar o conteúdo da regra aplicável ao caso concreto, existir divergência, exigindo-se um exame mais aprofundado da matéria, não sendo possível ao juiz proceder à sua imediata percepção.

Alessandro Jommi adverte que não é tarefa fácil definir o que seja uma contestação séria e que, muitas vezes, algumas questões específicas somente se revelam na análise do caso concreto, ficando dependentes da valoração do juiz.²⁸¹ Mas ele afirma, categoricamente, que “não compete ao juiz do *référé* tomar partido sobre contrastes jurisprudenciais, resolver ambiguidade de textos legislativos, ou, em poucas palavras, fazer obras jurisprudenciais”²⁸².

É o oposto do que ocorre quando o juiz verifica a idoneidade dos fatos deduzidos pelo autor a produzir os efeitos pretendidos, e a ausência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados pelo demandado, ou nos casos em que a defesa do réu se mostra insubsistente, manifestamente infundada ou com caráter meramente protelatório.

O juiz não fica adstrito aos aspectos fáticos e probatórios. Ele também deve apreciar as circunstâncias de direito. A contestação poderá versar tanto sobre o direito quanto sobre as consequências jurídicas que se pretende extrair de um determinado fato, sejam elas inerentes à sua validade, existência, interpretação ou qualificação. A peça defensiva pode, também, trazer discussão sobre a norma de direito, seja sob a ótica de sua violação, do seu conteúdo ou de sua aplicabilidade à hipótese de incidência.²⁸³ Assim, o conceito de contestação séria recai também sobre a contestação que discute matéria de direito, e não apenas sobre aquela que traz matéria fática.

²⁷⁹ Cf. SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell’esperienza** ..., p. 62-65 c/c p. 175-179. A autora, quando menciona a teoria da evidência na França, usa também os termos *aparência*, *fumus*, *alto grau de verossimilhança*. Por sua vez, Alessandro Jommi assevera que, na França, quando se faz uso da teoria da evidência, em sede de *référé*, significa aquele estado de visibilidade imediata, com força superior ao nosso conhecido *fumus boni iuris* (Cf. JOMMI, Alessandro. **Il référé provision** ..., p. 194). Lea Querzola, a seu turno, aponta que as noções de *evidência* e *incontestabilidade* só podem ser averiguadas *ex post*, e não preventivamente, pois, se tais noções emergissem *ictu oculi*, não haveria razão para negar a tais decisões o caráter de coisa julgada (Cf. QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., p. 57).

²⁸⁰ SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell’esperienza** ..., p. 182: “[...] *quella che superi, per utilizzare l’espressione di Normand, la soglia di evidenza* [...]”.

²⁸¹ Cf. JOMMI, Alessandro. **Il référé provision** ..., p. 22-23.

²⁸² JOMMI, Alessandro. **Il référé provision** ..., p. 26, tradução nossa de: “*Non spetta al giudice dei référés prendere partito su contrasti giurisprudenziali, risolvere ambiguità dei testi legislativi, in una parola fare opera giurisprudenziale* [...]”.

²⁸³ Cf. SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell’esperienza** ..., p. 179.

Oportuno salientar, ainda, que a teoria da distribuição do ônus da prova, em princípio, não sofre alteração alguma com a introdução do conceito de *contestação séria*. Ao autor incumbe o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto cabe ao demandado a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. E ainda, nos casos de revelia, o juiz continua incumbido de avaliar a idoneidade da narrativa apresentada pelo autor.

Por fim, cabe discorrer sobre o último elemento que consta da redação do art. 808 do nCPC - a existência de uma controvérsia.

É precisamente a existência de uma controvérsia séria entre as partes que rende necessária a pronta intervenção do juiz do *référé*.

Os dois requisitos, embora, num primeiro momento, pareçam contraditórios, na prática, complementam-se.

Caterina Silvestri afirma que:

Da aplicação prática do art. 808 emerge que a ocorrência de contestação séria *exclui* o *référé* quando a mesma comporte uma valoração do mérito da lide ou quando a medida requerida incida sobre o direito controverso implicando uma solução, ainda que transitória, da própria contestação; por outro lado, a medida é concedida *em presença* da contestação séria quando esta última *constitui a própria razão sobre a qual se funda a demanda*.²⁸⁴

Para melhor entender esse aspecto, citamos o exemplo dado por Caterina Silvestri: se a contestação diz respeito ao direito de propriedade de um determinado bem, ela impede que o juiz do *référé* emita ordem de entrega do mesmo, mas permite que haja sequestro do bem.²⁸⁵

Isto quer dizer que a ocorrência de uma ou outra hipótese descrita no art. 808 nCPC influi sobre o conteúdo da medida a ser adotada pelo juiz. Assim, existindo controvérsia, a tendência é para que sejam tomadas medidas de cunho conservativo, que visem a assegurar, gerir ou conservar o direito controvertido, enquanto se aguarda uma decisão definitiva da lide

²⁸⁴ SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza** ..., p. 185, grifo no original, tradução nossa de: “Dalle applicazioni pratiche dell’art. 808, emerge che il ricorrere di una contestazione seria esclude il référé quando la medesima comporti una valutazione del merito della lite o quando la misura richiesta incida sul diritto controverso implicando una soluzione, seppur transitoria, della contestazione stessa; per contro la misura è concessa in presenza della contestazione seria quando quest’ultima costituisce la ragione stessa su cui si fonda l’istanza”.

²⁸⁵ Cf. SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza** ..., p. 185.

- são as chamadas *mesures d'attente*.²⁸⁶

De tudo quanto foi exposto, pode-se dizer que o *référé* clássico da França se aproxima muito das medidas cautelares do ordenamento jurídico brasileiro, porquanto se funda, basicamente, sobre os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

4.1.3.2 Référé de remise en état ou prévention

Está previsto no art. 809, 1ª parte, do nCPC, que tem a seguinte redação: “O presidente pode sempre, mesmo em presença de uma contestação séria, prescrever em *référé* medidas conservativas ou restituições necessárias seja para prevenir um dano iminente seja para fazer cessar turbação manifestamente ilícita”²⁸⁷.

Considera-se que este tipo de *référé* tem função complementar em relação ao anterior, pois supera, ao menos em parte, a limitação do âmbito de aplicação do art. 808. Afirma-se, também, que este texto legal tem maior potencialidade aplicativa, já que os pressupostos são mais maleáveis e, pelo menos formalmente, são desvinculados do requisito da urgência.

É certo que a ideia de urgência é inerente ao conceito de dano iminente e turbação manifestamente ilícita, mas a ausência de explícita previsão normativa gera consequências para as partes e para o magistrado, de modo que aquelas estão desobrigadas de fazer prova em relação à urgência, e este dispõe de maior liberdade na fundamentação da decisão, não havendo necessidade de fazer expressa referência a tal elemento.²⁸⁸

A lei se valeu, mais uma vez, de conceitos abertos ou indeterminados.

O dano iminente se configura nas situações de perigo em que o prejuízo ainda não se consumou, mas se consumará certamente se não houver a pronta intervenção do juiz; não é

²⁸⁶ Roger Perrot classifica as medidas provisórias no direito francês em três grupos: a) *mesures provisoires d'attente* - de função conservativa ou que visam à regulamentação provisória da relação enquanto se aguarda o provimento de mérito; b) *mesures provisoires qui anticipent sur le jugement* - visam antecipar, no todo ou em parte, o conteúdo do próprio provimento de mérito; c) *mesures provisoires qui anticipent sur l'exécution* - algo semelhante à execução provisória da sentença não transitada em julgado, seria a antecipação de tutela para atos executórios; Cf. SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza** ..., p. 36-37; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 94, n. 342, p. 107-120, abr. 1998. p. 108.

²⁸⁷ Tradução nossa de: “*Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite*”.

²⁸⁸ Cf. SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza** ..., p. 188.

necessário que o ato causador do dano seja ilícito.

A turbação manifestamente ilícita é a conduta - ação ou omissão - que implique violação direta ou indireta de uma disposição legal, contratual ou regulamentar, que seja imediatamente perceptível, resultante de um fato material ou jurídico. Aqui os olhos do legislador se voltaram não para o direito a ser tutelado, mas para a violação de tal direito, ou seja, a conduta *contra ius* já ocorreu, e o juiz é chamado a colocar-lhe fim, ainda que provisoriamente.

Se a conduta é manifestamente ilícita, há interesse não apenas do autor, mas também do ordenamento jurídico, em reprimi-la e, por isso, o *référé de remise en état* tem lugar mesmo que em presença de contestação séria.

O caráter manifesto da violação diz respeito à possibilidade de sua imediata percepção pelo juiz. A ilicitude é aquela que salta aos olhos, que dispensa aprofundamento instrutório; do contrário, seria o caso de submeter a demanda ao juiz de mérito. Assim, a contestação séria pode recair sobre o direito em discussão, mas não sobre o caráter manifestamente ilícito da conduta a ser reprimida.²⁸⁹

Em princípio, os dois requisitos exigidos na lei são autônomos, isto é, a parte deve demonstrar o perigo de dano iminente ou a turbação manifestamente ilícita, mas não são raros os casos em que, na prática, eles são invocados concomitantemente para sustentar o provimento.

As medidas embasadas nesse tipo de *référé* têm conteúdo conservativo, restitutivo ou de retorno ao *status quo ante*.

Este tipo de *référé* encontra larga utilização em matéria possessória. Mas é possível verificar sua aplicação também em matéria trabalhista, podendo-se citar como exemplo de *turbação manifestamente ilícita*, passível de ser reprimida por meio deste procedimento, os casos em que o empregador não cumpre as normas de segurança do trabalho e coloca em risco a integridade física do trabalhador. Assim, por meio do *référé*, requer-se a medida idônea a fazer cessar este risco.

²⁸⁹ “Nell’otica di questo *référé*, invero, non interessa che la contestazione seria cada sul merito del diritto poiché, nell’intento legislativo, tale circostanza non può e non deve consentire al giudice di declinare il provvedimento ma interessa che non riguardi l’esistenza del trouble od il suo carattere manifestamente illecito poiché, in questa ipotesi, la contestazione seria impedisce l’emissione del provvedimento” (SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell’esperienza** ..., p. 193-194).

4.1.3.3 Référé provision

O *référé provision* é o tipo mais utilizado na prática. Estatísticas de 1989 e de 1993 revelam que, dos casos decididos em sede de *référé*, 70-75% se incluem na espécie do *référé provision*.²⁹⁰

O *référé provision* foi criado por meio do Decreto 1122, de 17 de dezembro de 1973. Ele foi introduzido de maneira gradativa: primeiro, só para obrigações pecuniárias e diante do *tribunal de grande instance*; depois, foi estendido para o *tribunal d'instance*, para o *tribunal de commerce* e para o *tribunal paritaire de baux ruraux*. Em matéria trabalhista, perante o *conseil de prud'hommes*, só em 1979. E, por fim, em 1986, perante o tribunal de seguridade social. Em termos de matéria passível de ser objeto de discussão, só em 1985 é que seu âmbito de aplicação se estendeu às obrigações de fazer e de dar.²⁹¹

A atual redação do art. 809, 2ª parte, do nCPC contempla toda essa evolução, conforme se pode ver de sua transcrição: “nos casos em que a existência da obrigação não for seriamente contestada, o presidente do tribunal de *grande instance* pode conceder uma antecipação de quantia ao credor, ou ordenar a execução da obrigação, ainda quando se trate de obrigação de fazer”²⁹².

Hoje em dia, constata-se que o *référé provision* tem caráter geral, podendo ser requerido em matéria civil, comercial, trabalhista, agrária, de previdência e assistência social. Pouco importa, ainda, a natureza da obrigação a ser discutida, se tem origem no contrato, na lei, no delito ou no próprio processo.²⁹³

Abrange as obrigações pecuniárias e as obrigações de fazer, até mesmo as infungíveis, mas ficam excluídas as obrigações de não-fazer. Para elas, se for o caso, a tutela fica a cargo dos outros tipos de *référé* anteriormente estudados.

Na realidade, o *référé provision* foi originalmente pensado para os casos de acidente automobilístico. Tais situações deveriam configurar um contencioso simples, mas que costumava se prolongar demasiadamente só pela resistência do responsável pelo sinistro ou da

²⁹⁰ JOMMI, Alessandro. **II référé provision** ..., p. 146, nota nº 96.

²⁹¹ E, nesses casos, ele recebe o nome de *référé injonction de faire*, ou simplesmente, *référé injonction*.

²⁹² Tradução nossa de: “*Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable il (= le président du tribunal de grande instance) peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire*”.

²⁹³ JOMMI, Alessandro. **II référé provision** ..., p. 14.

seguradora. Os demandados contavam com essa demora do procedimento ordinário para provocar um estado de ansiedade, ou até mesmo desespero, na vítima, autor da demanda, com o intuito de extrair dela um acordo conveniente (só para o réu).²⁹⁴

É fato que, até hoje, a jurisprudência reflete as origens desse tipo de *référé*, sendo possível afirmar, com segurança, que ele é utilizado com maior frequência nos casos de responsabilidade civil oriunda de acidente automobilístico e para os casos de construção imobiliária.²⁹⁵ Mas ele também pode ser requerido por empregados que buscam salários ou indenizações perante o empregador, ou por pacientes que buscam indenização por erro médico etc.

Considera-se que o *référé* tradicional se enquadra na classificação das tutelas urgentes e cautelares, enquanto o *référé provision* é visto sob outra ótica: ele se enquadra como medida de economia processual e de prevenção contra o abuso do direito de defesa. A urgência não é requisito essencial desse tipo de *référé*. O que a redação do art. 809 do nCPC exige é a existência de uma obrigação que não tenha sido seriamente contestada.

Este conceito de contestação séria já foi esclarecido no tópico que cuidou do *référé* clássico, mas é bom frisar que a exigência diz respeito à possibilidade de o juiz perceber, de imediato, se as circunstâncias de fato ou de direito que constituem o objeto da lide são fundadas ou não. Se a contestação é apta a gerar dúvidas sobre essa percepção imediata - a verossimilhança -, então, trata-se de contestação séria.

No *référé provision* o legislador foi mais específico, cuidando de adentrar no conteúdo da medida passível de ser requerida, diferentemente dos outros dois tipos de *référé* mencionados anteriormente, que são marcados pela atipicidade. Na tipologia em epígrafe, o autor está buscando a antecipação de soma em dinheiro ou a execução de uma obrigação de fazer.

Este fato confere maior especificidade e individualidade ao *référé provision* e traz algumas consequências peculiares.

²⁹⁴ Roger Perrot cita o exemplo de uma senhora, vítima de acidente com motocicleta em 1968, que resultou num quadro de invalidez permanente da ordem de 67%, mas que, 6 anos depois, ainda não havia conseguido receber nenhum valor de indenização da seguradora. Isto só foi ocorrer em 1974, por meio do *référé provision*, que lhe conferiu um *provisionnement*, uma indenização, na época, no importe de 70.000 francos (Cf. PERROT, Roger. *Il nuovo ...*, p. 250).

²⁹⁵ Pode-se citar um caso ocorrido aqui, no Brasil, que bem ilustraria a aplicação do instituto francês, se isso fosse possível. Trata-se da construção do shopping no bairro Anchieta na cidade de Belo Horizonte. As vítimas poderiam fazer uso, inicialmente, do *référé probatoire* para realização de uma perícia que avaliasse o custo do trabalho necessário para reparar os danos que a construção do shopping provocou nos prédios vizinhos. De posse do laudo técnico, as vítimas poderiam, então, ajuizar o *référé provision* para obter a *provisão*, ou seja, uma antecipação de pagamento da soma em dinheiro que suportasse os gastos com a reparação de tais danos.

Por exemplo, a doutrina entende que o juízo de cognição efetuado no *référé provision* e os poderes que são conferidos ao juiz são os que mais se aproximam dos poderes e da cognição efetuada pelo juiz de mérito. Assim, existe proibição de que o mesmo juiz que atuou no *référé* atue depois no eventual processo de mérito a ser instaurado pelas partes.²⁹⁶

Outro aspecto que merece destaque diz respeito à possibilidade de se antecipar, ou não, o valor integral da quantia objeto de discussão.

No início, considerava-se que somente poderia ser antecipada uma fração do crédito pleiteado. Em primeiro lugar, pela própria origem da palavra *provision* em francês, que significa fazer um provisionamento, em relação à parte do crédito que, em tese, seria depois discutido perante o juiz. Em segundo lugar, porque remetia à prudência, uma vez que o instituto do *référé* tem, em sua essência, o caráter provisório de suas decisões.

Com o tempo, porém, chegou-se à conclusão de que, se a obrigação não foi objeto de séria contestação nem quanto à sua existência, nem quanto ao seu montante, nada impediria que o juiz do *référé* concedesse a *provision* pelo valor total do crédito em discussão, inclusive com juros.²⁹⁷ Tal posicionamento foi pacificado em decisão da Corte de Cassação em 1981 e ganhou *status* legislativo em 1985.

Isso fez com que fossem potencializadas a eficácia e a utilidade do *référé provision*, conferindo-lhe um importante efeito dissuasivo. Ora, o credor que já obteve tudo aquilo que pretendia, num lapso de tempo razoável, não terá motivos para levar a causa adiante, perante o juiz de mérito, só para obter uma decisão definitiva; por sua vez, a parte sucumbente somente terá interesse em prosseguir com a demanda se estiver segura de que não deve o valor a que fora condenada, isto é, se ela dispuser de elementos suficientes para reduzir o valor da condenação ou para extirpá-la por completo.

Nesse contexto, a plena exequibilidade da *ordonnance* ganha ainda maior destaque. Conforme já se explicitou anteriormente, as decisões em sede de *référé* gozam de força executiva imediata, não sujeita a efeito suspensivo. Assim, o demandado deixa de *lucrar* ou de ganhar tempo com as demoras inerentes ao procedimento ordinário. O eventual juízo de mérito não suspende a eficácia da *ordonnance* e o demandado vê frustrado seu intuito dilatatório.

²⁹⁶ Neste sentido: JOMMI, Alessandro. **Il référé provision** ..., p. 99; e SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza** ..., p. 121-132.

²⁹⁷ “Ne risulta che se l'obbligazione non è seriamente contestabile né nella sua esistenza, né nel suo ammontare, niente si oppone a che il giudice dei référés condanni, a titolo di provision, al pagamento dell'intero credito, capitale e interessi, ossia conceda ‘le plein de la demande’” (JOMMI, Alessandro. **Il référé provision** ..., p. 58).

Aliás, dados estatísticos demonstram que a decisão no *référé provision* se estabiliza em 80% dos casos, ou seja, a cada cinco situações, quatro não dão origem ao correspondente juízo de mérito.²⁹⁸

Por fim, é importante destacar que, em tese, a possibilidade de antecipar 100% do crédito cria uma desigualdade entre as partes, pois favorece o credor, permitindo-lhe a realização do seu crédito integral com base em juízo de verossimilhança. Em contrapartida, o juiz desempenha papel de relevo e deve fazer uso de seus poderes discricionários para restabelecer o equilíbrio do procedimento, com base nos instrumentos de que dispõe, como, por exemplo, ordenando ao credor que apresente garantias idôneas antes de receber a *provision*, resguardando uma eventual reversão da *ordonnance*.

Verifica-se que a prática ampliou o campo de aplicação do *référé provision* para abranger hipóteses que nem sequer haviam sido originariamente pensadas pelo legislador. A título de amostragem e curiosidade, cite-se que este tipo de *référé* é muito utilizado nas hipóteses de ressarcimento de danos, havendo caso em que um centro de transfusão não realizou os exames prévios necessários na amostra de sangue, e, depois de ocorrer a transfusão, um paciente foi infectado pelo vírus HIV. Este paciente se valeu do *référé* para receber rapidamente sua indenização em face do centro de transfusão.

O *référé provision* pode ser usado até mesmo para antecipar despesas processuais, por exemplo, quando é necessário realizar perícia e discute-se a respeito do adiantamento dos respectivos honorários.

4.1.3.4 Référé probatoire

Está previsto no art. 145 do nCPC, com a seguinte redação:

Se existe um motivo legítimo para conservar ou estabelecer, antes de ajuizar o processo, a prova dos fatos que podem influenciar na solução de um litígio, o interessado pode postular que se produzam os meios de prova legalmente admitidos, em sede de *requête* ou de *référé*.²⁹⁹

²⁹⁸ JOMMI, Alessandro. **II référé provision** ..., p. 125, nota nº 39.

²⁹⁹ Tradução nossa de: “*S’il existe un motif légitime de conserver ou d’établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige, les mesures d’instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé*”.

Este tipo de *référé* busca proteger um direito processual - o direito à prova, seja para conservá-la, seja para produzi-la antes de instaurado o processo de mérito.

O legislador fez uso de outro conceito aberto - motivo legítimo -, o qual prescinde de avaliação sobre os requisitos da urgência ou da seriedade da contestação. Avalia-se a necessidade de produção da prova, sua relevância e utilidade para o futuro juízo de mérito, mas em alguns casos o risco de perecimento da prova também é considerado.

Na realidade, esta última situação - risco de perecimento - se liga ao requisito da urgência, mas vem perdendo força para a análise que se faz a respeito da oportunidade de instaurar um processo.

O simples desejo de evitar um processo pode dar ensejo ao *référé probatoire*. A parte que deseja fazer prova a favor de suas alegações, ou contra as alegações de outrem, para delimitar o âmbito de plausibilidade da narrativa, pode ter interesse legítimo em fazer uso desse procedimento, porque ele pode ter, por si só, efeito dissuasivo.

Se as partes observam que a prova produzida em sede de *référé probatoire* tem relevância suficiente para sustentar as alegações do autor num processo de mérito, elas acabam optando pela composição extrajudicial, porque é forte a probabilidade de êxito do autor. Assim, diz-se que as partes avaliam a oportunidade de instaurar um processo.³⁰⁰

É por isso que a exigência normativa sobre a existência de motivo legítimo tem sido alvo de interpretação bastante ampla.

Nesse contexto, exige-se que o autor, em sua petição inicial, indique os contornos ou os limites da ação de mérito que ele pretende ajuizar, para que se avalie não só a admissibilidade e a relevância da prova requerida, mas também se as alegações têm fundamento, aparência, *fumus*.

Por fim, registre-se que a produção antecipada de prova é passível de ser requerida *inaudita altera parte* - num procedimento que se denomina *requête* -, mas só nos casos em

³⁰⁰ Fica o registro, pois não será objeto de estudo no tópico seguinte, que na Itália foi introduzido pela *Legge* n° 80/05 um elemento semelhante ao *référé probatoire*. É o art. 696-*bis* do CPC italiano que cuida da produção antecipada de prova técnica (parecer ou perícia) para avaliar a possibilidade de composição entre as partes (*consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*). O artigo dispõe que “*L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696, ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali da fatto illecito. Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo articolo 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti. [...] Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito*”.

que o elemento surpresa se revele condição de eficácia da medida.

4.1.4 Conclusões sobre o *référé*

Depois de estudar o instituto do *référé* na França, seus diferentes tipos e sua aplicação na prática, conclui-se que se trata de um procedimento sumário, extremamente simples e rápido, realizado em contraditório e diante de juízo singular (em princípio, o presidente do órgão jurisdicional competente para aquela matéria), que pode ser instaurado *ante causam* ou no curso de um processo de mérito, e que desemboca numa decisão denominada *ordonnance*, sendo relevante ressaltar-lhe três características: a) sua força executiva particularmente incisiva, não sujeita a efeito suspensivo, mesmo que se admitam meios de impugnação; b) a provisoriedade, isto é, sua não-aptidão para produzir os efeitos da coisa julgada³⁰¹; c) a ausência de rígida instrumentalidade em relação ao processo de cognição exauriente, ou seja, a eficácia da *ordonnance* não está subordinada à instauração, dentro de um prazo fixado pela lei ou pelo juiz, do processo de mérito, e subsiste mesmo quando este último, depois de instaurado, é extinto.³⁰²

Os estudiosos em torno do assunto chamam a atenção, ainda, para uma característica do instituto que denominam de dupla atipicidade³⁰³: tanto em relação às situações jurídicas passíveis de tutela, quanto em relação ao conteúdo das decisões ou medidas que podem ser tomadas. E daí sobressai a sua enorme funcionalidade, pois ele pode se adaptar às diferentes necessidades do direito material.

O *référé* se insere na evolução histórica da tutela sumária no âmbito europeu. Ao lado da sua função originária - conservativa - foi acrescida a função de caráter antecipatório e satisfativo, inicialmente atrelada ao requisito da urgência. Verifica-se, porém, que hoje a tutela sumária está cada vez mais desvinculada de tal elemento, para se sustentar em juízo de probabilidade apenas, com vistas a cumprir os princípios de economia e celeridade processual, assim como a combater os abusos de direito de defesa.

³⁰¹ Relembrando as observações de Lea Querzola, conforme nota n° 256. Para ela, o termo provisoriedade se liga ao fato de que o juiz de mérito não se vincula ao que foi decidido em sede de *référé*.

³⁰² Cf. JOMMI, Alessandro. **Il référé provision** ..., p. 71-72.

³⁰³ Nesse sentido: SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza** ..., p. 17; BUONCRISTIANI, Dino. Sistema dei 'référés'..., p. 581; CECHELLA, Claudio. Il *référé* italiano nella riforma delle società. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LVIII - seconda serie, n. 04, p. 1130-1163, ott./dic. 2003. p. 1136.

É certo que, desde que o *référé* foi introduzido no ordenamento jurídico, primeiramente pela jurisprudência para depois adquirir *status* legislativo, não faltaram vozes manifestando a preocupação com a sumarização.

O receio sobressai, exatamente, pelo gradual abandono do requisito da urgência, pois, para os críticos do instituto, apenas este elemento seria capaz de justificar um procedimento baseado em cognição sumária, sob o risco de se transformar a justiça num *teatro de aparências*.³⁰⁴

Contudo, o contrapeso é a possibilidade de se instaurar o processo de cognição exauriente para resguardar o princípio do devido processo legal, com destaque para o direito à ampla defesa.

Além disso, o papel desempenhado pelo juiz assume grande importância, e daí a enorme preocupação em delegar os poderes do *référé* a magistrados com maior experiência. De um lado, acredita-se que, se eles se absterem de decidir questões que envolvam séria contestação, ou aquelas em que haja dúvida razoável a respeito da existência do direito, a possibilidade de equívocos diminui. Por outro, embora o juiz tenha seus poderes especificamente delimitados na lei, ele dispõe de um campo mais amplo de atuação no sentido de equilibrar a situação processual das partes.³⁰⁵

Assim, é oportuno dizer que os críticos do *référé* são minoria e sua atuação se fez mais presente apenas nos anos imediatamente posteriores às inovações legislativas. Na realidade, com o passar do tempo, o sucesso obtido na prática e o espírito pragmático do instituto contribuíram para que os críticos perdessem força.

Para se ter uma ideia, na França, perante o tribunal de *grande instance*, a média de duração dos feitos em 1ª instância é de nove meses, para processos mais simples; os mais complicados duram de três a cinco anos. Em instância recursal, a média é de um ano e meio; e, para instância especial³⁰⁶, dois anos. Com o sistema do *référé*, a duração média varia entre

³⁰⁴ JOMMI, Alessandro. **II référé provision** ..., p. 149.

³⁰⁵ Apenas para ressaltar a importância dos poderes atribuídos ao juiz do *référé*, lembre-se o caso do Presidente Mitterrand, narrado na nota nº 269. A *ordonnance* do *référé* é uma decisão provisória em tese, mas que pode se tornar definitiva de fato, dependendo da escolha das partes em ajuizar, ou não, o processo de mérito de cognição plena e exauriente. Por isso se diz que o nexo de instrumentalidade entre o processo de cognição sumária e o principal é meramente eventual. Contudo, dependendo da relevância dos valores em jogo, viu-se que o juiz do *référé* tem poderes para fixar um prazo para o posterior ajuizamento do processo principal, isto é, o juiz tem poderes para determinar que o nexo de instrumentalidade seja rígido, ou seja, se não for instaurado o feito principal, a *ordonnance* perde sua eficácia.

³⁰⁶ Corte de Cassação, algo como o nosso Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil.

um e dois meses, de acordo com o órgão jurisdicional encarregado da matéria.³⁰⁷

Além disso, Edoardo Flavio Ricci salienta que, atualmente, na França, 90% do contencioso se resolve pelo sistema do *référé*.³⁰⁸

Loïc Cadiet explica que o instituto acabou se transformando na via normal para resolver questões de mérito não seriamente contestadas, e se diz corriqueiramente que o *référé* é utilizado quando “não há tempo a perder” (sendo que, aqui, quer-se destacar o elemento urgência), bem como quando “é inútil perder tempo” (sendo que, nesse caso, se faz referência à ausência de contestação séria).³⁰⁹

Caterina Silvestri destaca que as razões para o extraordinário desenvolvimento do instituto residem em sua ampla versatilidade e potencialidade aplicativa, combinada com uma feliz técnica procedimental que une celeridade e flexibilidade a garantias idôneas de defesa, com destaque para o respeito ao contraditório, a revogabilidade, a possibilidade de modificação do provimento e sua recorribilidade.³¹⁰

Inegável concluir, pois, que o *référé*, na França, é encarado como sinônimo de economia processual. Significa, também, redução da sobrecarga para os juízes de mérito, que dispõem de mais tempo para se dedicar aos processos mais complexos, podendo-se afirmar que o instituto contribui para a qualidade das decisões. Atribui-se-lhe, ainda, um efeito moralizador, por seu intuito de combater os abusos no direito de defesa e impedir que o demandado se escore nos tempos de espera inerentes ao processo ordinário.

Não seria demasiado acrescentar, por fim, que se compreende o *référé* como um instituto idôneo a perseguir funções diferentes (conservativa, executiva, antecipatória) com uma única e simplificada estrutura processual, tudo isso, tendo em mira o objetivo maior a ser alcançado que é a efetividade da tutela jurisdicional.

³⁰⁷ Cf. JOMMI, Alessandro. **Il référé provision** ..., p. 112-114.

³⁰⁸ RICCI, Edoardo Flavio. Verso un nuovo processo civile? **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LVIII, n. 01, p. 211-226, genn./mar. 2003. p. 216.

³⁰⁹ Loïc Cadiet escreveu o prefácio ao livro de Caterina Silvestri, sendo que o trecho foi extraído da página XV.

³¹⁰ SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza** ..., p. 17, tradução nossa de: “*Le ragioni dello straordinario sviluppo conosciuto dall’istituto risiedono nella sua amplissima versatilità e potenzialità applicativa, combinata con una felice tecnica procedurale che unisce velocità e flessibilità ad idonee garanzie difensive, prime tra tutte il rispetto del contraddittorio, la revocabilità e modificabilità del provvedimento, la sua appellabilità*”.

4.2 Itália

Embora já tenham sido delineados os conceitos mais importantes em relação à tutela cautelar e à antecipação de tutela no capítulo 3, antes de iniciar os estudos sobre as inovações legislativas ocorridas no ordenamento jurídico italiano, será necessário destacar alguns aspectos de tais institutos, para melhor compreender a chamada estabilização dos efeitos da tutela sumária.

O art. 700 do CPC italiano geralmente é tratado lado a lado do art. 798 do CPC brasileiro, reconhecendo-se em ambos a presença do chamado poder geral de cautela.

Consta do dispositivo italiano que

fora dos casos regulados nas seções precedentes deste capítulo, quem tiver fundado motivo para temer que, durante o tempo que possa decorrer para que se reconheça seu direito nas vias comuns, este seja ameaçado por um perigo iminente e irreparável, poderá requerer ao juiz provimento de urgência, que se apresente, segundo as circunstâncias, como meio mais idôneo a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito.³¹¹

No Brasil, os institutos da medida cautelar e da antecipação de tutela são tratados em artigos distintos do nosso CPC - 798 e 273, respectivamente - ao passo que, na Itália, eles são abordados em um único preceito legal, que é o dispositivo acima transcrito. Isso porque a doutrina peninsular considera que, na expressão *assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito*, estão abrangidas todas as medidas necessárias a tal fim, isto é, tanto as de conteúdo meramente conservativo, quanto aquelas de caráter antecipatório-satisfativo.

Assim, via de regra, quando se usa a expressão *tutela cautelar* na Itália, pode-se dizer que é como sinônimo de *tutela de urgência*, pois abrange medidas amplas e atípicas, ou seja, qualquer providência com vistas a atuar em duas frentes,

ou melhor, para debelar dois tipos de perigo que incidem sobre os provimentos judiciais: (a) perigo do provimento infrutífero ('infruttuosità'); e (b) perigo do provimento tardio ('tardività').

No primeiro caso, a tutela cautelar não objetiva acelerar a satisfação do direito material, mas sim assegurar que a realização futura deste seja frutífera, útil, combatendo eventuais perigos que possam prejudicar, futuramente, os meios de realização do direito material (é o caso do sequestro conservativo de bens necessários à satisfação do direito material).

³¹¹ Tradução nossa de: "Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito".

No segundo caso, a tutela cautelar objetiva acelerar a própria satisfação do direito material em si, de maneira provisória, combatendo os efeitos nefastos do tempo necessário à duração do processo de cognição plena diante de situações de perigo (é o caso da concessão dos alimentos provisórios).³¹²

Esses dois tipos de perigos que a tutela cautelar visa debelar dão origem a dois tipos de provimento, respectivamente: aqueles com finalidade meramente conservativa e aqueles com conteúdo antecipatório.

Diz-se que a parte que requer uma medida de caráter conservativo está até disposta a esperar pela decisão final, mas quer assegurar-se de que a espera não será em vão. Uma medida dessa natureza visa apenas a *congelar* a situação de fato, sem incidir ou regulamentar o mérito da relação jurídica controvertida entre as partes. Por sua vez, a parte que requer uma medida de cunho antecipatório quer evitar, exatamente, a espera até a decisão final de mérito, pois há risco de que, ao final, mesmo que a decisão lhe seja favorável, não lhe seja útil. Assim, as medidas dessa natureza visam a antecipar, provisoriamente, os efeitos da própria decisão de mérito.³¹³

Certo é que lá, como aqui, tem-se consciência de que não é tarefa fácil distinguir as duas espécies de provimento.

Avançando um pouco mais nos aspectos da doutrina italiana que devem ser aqui lembrados, é necessário dizer, ainda, que, desde a grande obra de Piero Calamandrei, em 1936³¹⁴, compreende-se que a tutela cautelar possui duas características básicas que a distinguem dos outros tipos de tutela: a instrumentalidade e a provisoriedade.

A instrumentalidade, ou subsidiariedade, indica a relação que existe entre o provimento cautelar e o provimento de mérito, também chamado de principal ou definitivo. Como já foi dito, a tutela cautelar tem por função afastar os perigos da *infruttuosità* e da *tardività*, estando, assim, a serviço do provimento principal.

Ora, se o direito processual é entendido como instrumento a serviço do direito material, a tutela cautelar goza de instrumentalidade qualificada, pois é instrumento do instrumento.³¹⁵

Desta característica da instrumentalidade deriva o outro pilar da tutela cautelar, que é a provisoriedade, ou seja, a tutela cautelar só existe em função do provimento definitivo e enquanto este não for proferido. Ela deixa de existir no momento em que se verifica a entrega da prestação jurisdicional definitiva.

³¹² ANDRADE, Érico. A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 179, p. 175-215, jan. 2010. p. 186-189.

³¹³ Cf. QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., p. 128-129.

³¹⁴ *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*.

³¹⁵ Os termos são de: CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistematico de las providencias cautelares**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. p. 45.

Assim, a cautelar nasce à espera do provimento principal, de modo que, se este não for instaurado, ou se, depois de instaurado, for extinto, aquela perde sua eficácia.

Tendo sido recordados os principais aspectos da tutela cautelar tradicional, pode-se passar ao estudo das inovações legislativas que foram recentemente introduzidas no ordenamento jurídico italiano.

Em 17 de janeiro de 2003, foi exarado o Decreto Legislativo nº 05, cujo art. 23 se intitulou *provvidências cautelares ante causam*³¹⁶.

Este dispositivo trouxe expressamente a previsão de que a instauração do posterior processo de mérito era mera faculdade das partes, sendo que a providência tomada em sede de cautelar não perderia sua eficácia caso o correspondente juízo de mérito não fosse iniciado.

Este diploma legal, contudo, tinha restrito âmbito de aplicação, abrangendo apenas matérias de direito comercial, societário, financeiro e bancário.

Foi somente com a Lei nº 80, de 14 de maio de 2005³¹⁷, que tal previsão foi inserida no CPC, de forma ampla, situando-se no capítulo que regula, de maneira uniforme, os procedimentos cautelares em geral³¹⁸.

Assim, atualmente, na Itália, é regra geral que a instauração do juízo de mérito, ou a sua continuação, quando for medida requerida no curso de uma causa já iniciada, trata-se de mera faculdade das partes, não havendo mais obrigatoriedade de fazê-lo, sob pena de a providência cautelar perder sua eficácia.³¹⁹

É necessário esclarecer que o pioneiro Decreto Legislativo nº 05/03 já foi quase totalmente revogado pela Lei nº 69/09³²⁰, de modo que hoje apenas subsistem algumas

³¹⁶ *Provvedimenti cautelari anteriori alla causa.*

³¹⁷ Com início de aplicação em 1º de janeiro de 2006.

³¹⁸ Há intensa discussão sobre a natureza do novo instituto trazido pela Lei nº 80/05. Contudo, como o legislador italiano o inseriu no capítulo que cuida dos procedimentos cautelares, a ele se fará referência como *cautelar*. Sobre a discussão doutrinária a respeito da natureza cautelar, ou não, da inovação legislativa, vide QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., especialmente p. 9-13 e p. 225-237.

³¹⁹ Importante destacar que o i. professor Érico Andrade discorre, com detalhes, sobre a tutela sumária na Itália em sua obra *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*, especialmente p. 90-101.

³²⁰ A Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, além de revogar diversos artigos do Dec. Legs. nº 05/03, alterou os arts. 702-*bis*, *ter* e *quater* do CPC italiano, dando origem a um novo rito, que tem sido chamado de *novo rito sumário*. Contudo, destaca-se que se trata de sumariedade apenas formal, com abreviação do procedimento e redução de prazos, não tendo sido introduzida sumariedade material, com cognição incompleta e superficial. Foi atribuído ao juiz o poder de valorar se o caso concreto exige maior ou menor grau de atividade instrutória. Sobre o novo rito sumário da Lei nº 69/09, consulte-se DITTRICH, Lotario. *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LXIV, n. 06, p. 1582-1600, nov./dic. 2009. p. 1582-1600.

disposições sobre arbitragem e conciliação extrajudicial. Sendo assim, o exame que será feito adiante se limita ao texto da Lei nº 80/05.

4.2.1 Os procedimentos cautelares em geral na Itália

Em 1990 o legislador promoveu algumas alterações no CPC italiano, com vistas a uniformizar o procedimento adotado na tutela cautelar em geral. Isto se externou na redação do art. 669, que ganhou extensões denominadas *bis-ter-quater*, e assim sucessivamente, até *quaterdecies*. Seria algo semelhante ao que ocorre, aqui no Brasil, quando, para alterar um texto legal, se adicionam letras do alfabeto aos artigos. Cite-se, como exemplo, a Lei nº 11.232/05, que acrescentou ao nosso CPC os arts. 475-A, 475-B, até 475-H, compondo o capítulo intitulado *da liquidação de sentença*.

Na nova redação do art. 669, e suas extensões, do CPC italiano, existem normas a respeito da competência para a análise da cautelar (que, como no Brasil, por meio do art. 800 do nosso CPC, incumbe ao mesmo juiz que seria competente para o exame do mérito); existem normas sobre modificação da decisão cautelar e sua recorribilidade, sobre sua eficácia e âmbito de aplicação etc.

Contudo, no momento, é necessário destacar o art. 669-*octies*. Em sua redação original, de 1990, este artigo continha o chamado nexo de instrumentalidade, pois fixava prazo máximo de 30 (trinta) dias³²¹ para que as partes instaurassem o processo de mérito, sob pena de a medida cautelar perder sua eficácia.³²²

Foi dentro deste preceito legal que a inovação foi inserida. O legislador acrescentou quatro parágrafos³²³ a este art. 669-*octies*, excepcionando algumas situações desse prazo peremptório e da pena de perda de eficácia.

³²¹ O juiz poderia fixar prazo diverso, sendo que o máximo era de 30 (trinta) dias. Mas, depois, com a Lei nº 80/05, este lapso foi aumentado para 60 (sessenta) dias.

³²² Leitura conjunta da 1ª parte do art. 669-*octies* e da 1ª parte do art. 669-*novies*. O primeiro dispõe que “a decisão que acolhe o pedido cautelar, quando a pretensão tenha sido proposta *ante causam*, deve fixar um prazo peremptório não superior a 30 (hoje 60) dias para o início do juízo de mérito, salvo aplicação da última parte do art. 669-*novies*”. O outro dispositivo legal preceitua “se o juízo de mérito não for iniciado no prazo peremptório do art. 669-*octies*, ou se, sucessivamente ao seu início, o juízo de mérito for extinto, a providência cautelar perde sua eficácia”.

³²³ A técnica legislativa na Itália não utiliza, como nós, aqui no Brasil, a divisão dos textos de lei em *caput*, *parágrafos* e *alíneas*. Lá se usa a palavra *comma*. Porém, para facilitar a compreensão, será adotada, como se fosse tradução desta palavra, a nossa expressão mais conhecida *parágrafo*.

Assim foram redigidos os novos parágrafos:

As disposições do presente artigo e do 1º parágrafo do art. 669-*novies* não se aplicam aos provimentos de urgência emanados nos termos do art. 700 e aos outros provimentos cautelares idôneos a antecipar os efeitos da sentença de mérito, previstos no código civil ou em leis especiais, bem como aos provimentos emanados em consequência de denúncia de nova obra ou ameaça de dano nos termos do art. 688, mas qualquer das partes tem assegurado o direito de iniciar o juízo de mérito.

O juiz, quando profere um dos provimentos descritos no parágrafo anterior, anteriormente à instauração da causa de mérito, já decide sobre as despesas processuais do procedimento cautelar.

A extinção do juízo de mérito não acarreta a ineficácia dos provimentos descritos no §6º acima, mesmo que a pretensão seja formulada no curso de causa.

A autoridade do provimento cautelar não é invocável em processo diverso.³²⁴

Este é, sem dúvida, o núcleo das inovações trazidas em 2005 e, da simples leitura dos dispositivos transcritos acima, salta aos olhos o fato de o legislador ter, efetivamente, alterado o nexo de instrumentalidade entre o processo cautelar e o processo de mérito.³²⁵ Os autores na

³²⁴ Oportuno transcrever a atual redação do referido artigo na língua original e em sua completude:

Art. 669-*octies* - “(*Provvedimento di accoglimento*)

L’ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell’inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l’inizio del giudizio di merito, salva l’applicazione dell’ultimo comma dell’articolo 669-novies.

In mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di sessanta giorni.

Il termine decorre dalla pronuncia dell’ordinanza se avvenuta in udienza o altrimenti dalla sua comunicazione.

Per le controversie individuali relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, escluse quelle devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, il termine decorre dal momento in cui la domanda giudiziale è divenuta procedibile o, in caso di mancata presentazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, decorsi trenta giorni.

Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all’altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri.

Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell’articolo 669-novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell’articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell’articolo 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito.

Il giudice, quando emette uno dei provvedimenti di cui al sesto comma prima dell’inizio della causa di merito, provvede sulle spese del procedimento cautelare.

L’estinzione del giudizio di merito non determina l’inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa.

L’autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo”.

³²⁵ Conforme se viu no tópico anterior, quando se estudou o sistema do *référé*, na França, já se dava destaque à ausência de instrumentalidade rígida entre a *ordonnance* do *référé* e o processo de mérito. Aliás, alguns autores italianos que escreveram sobre as inovações legislativas na Península chegaram a denominá-la de *référé* italiano (Cf. CECHELLA, Claudio. *Il référé italiano ...*, p. 1130). Paolo Biavati destaca, porém, que, embora o legislador italiano possa ter buscado nítida inspiração no ordenamento jurídico francês, fato é que, no instituto italiano, não se fala em *ausência de contestação séria*, a qual, na França, é um dos pressupostos do *référé* (Cf. BIAVATI, Paolo. *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, anno LX, n. 02, p. 563-574, giugno 2006. p. 574).

doutrina italiana usam termos variados para descrever essa modificação, mas geralmente a ela fazem referência como atenuação, mitigação, redução do nexo de instrumentalidade, ou como autonomia da cautelar.³²⁶

Certo é que foi eliminada a obrigatoriedade de instaurar o processo de mérito, ou a obrigatoriedade de prosseguir com ele, quando o pedido é formulado no curso de uma causa já iniciada, mas foi assegurada a qualquer das partes a possibilidade de fazê-lo a qualquer tempo, desde que respeitados os prazos de prescrição e decadência.

Tendo sido abordada a nova redação do art. 669-*octies* do CPC italiano, levando em conta que nele se encontra o núcleo da alteração promovida pelo legislador em 2005, é possível passar ao exame de cada uma das questões que ele tem suscitado. Observe-se, porém, que, conforme dito anteriormente, a inovação foi introduzida dentro do capítulo que cuida do procedimento cautelar em geral. Assim, em algumas ocasiões, far-se-á referimento aos demais dispositivos do art. 669, mesmo que eles não tenham sido objeto de modificação.

4.2.2 Âmbito de aplicação

O parágrafo 6º introduzido ao art. 669-*octies* estabelece os casos em que as partes ficam desobrigadas de instaurar o juízo de mérito. A nova redação excepcionou do prazo peremptório de sessenta dias para ajuizar o processo principal os provimentos de urgência emanados nos termos do art. 700 e os outros provimentos cautelares aptos a antecipar os efeitos da sentença de mérito, previstos no código civil ou em leis especiais, bem como os provimentos emanados em consequência de denúncia de nova obra ou ameaça de dano.

É indispensável, pois, avaliar o âmbito de aplicação do instituto introduzido pela Lei nº 80/05.

Registrou-se alhures que o art. 700 do CPC italiano alberga o poder geral de cautela do juiz para tomar qualquer medida ou tipo de providência com vistas a *assegurar*

³²⁶ *Allentamento, attenuazione, sganciamento, autonomizzazione* etc. Lea Querzola cita os termos utilizados por outros autores, mas, diz que, no seu entendimento, houve verdadeira *ruptura* do nexo de instrumentalidade - Cf. QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., 06-07 c/c p. 11. Por sua vez, Andrea Graziosi considera que o termo mais adequado seja *instrumentalidade eventual*, porque a possibilidade de atenuá-la é *a posteriori* (Cf. GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, anno LXIII, n. 01, p. 137-174, mar. 2009. p. 147-148).

provisoriamente os efeitos da decisão de mérito, de modo que, neste campo, se incluem tanto as medidas de caráter conservativo, quanto aquelas de cunho satisfativo-antecipatório.

A grande questão que os doutrinadores italianos têm suscitado, após a Lei nº 80/05, é, então, se a nova técnica da instrumentalidade atenuada se aplica a todos os tipos de tutelas de urgência abrangidas pelo referido art. 700.

A pergunta tem gerado enorme perplexidade, pois, como já se disse no capítulo 3, não é tarefa simples distinguir entre um e outro tipo de provimento. Até então, na Itália, não havia essa necessidade na prática, pois o art. 700 contém redação ampla e o procedimento das cautelares tinha sido uniformizado pelo legislador de 1990. A distinção existia apenas no âmbito doutrinário, para fins didáticos.

Entretanto, a tese que tem encontrado abrigo na doutrina majoritária³²⁷ considera que a nova técnica da mitigação da instrumentalidade somente se aplica àqueles provimentos de caráter antecipatório-satisfativo, não se estendendo, assim, a todos os tipos de provimento de urgência disciplinados no art. 700, porque seria “inaceitável, do ponto de vista sistemático, uma duração indefinida de regulamentação não coincidente com a tutela final prevista nas normas de direito material”³²⁸.

Paolo Biavati ressalta, também, que este entendimento é o que se deve extrair, até mesmo, da interpretação literal da norma do parágrafo 6º do art. 669-*octies*, pois ali se fez referência “aos provimentos de urgência emanados nos termos do art. 700 *e aos outros* provimentos cautelares idôneos a *antecipar* os efeitos da sentença de mérito”³²⁹.

Assim, a expressão *e aos outros* delimita os contornos dos provimentos anteriormente referidos, de modo que não abrange a totalidade das medidas atípicas disciplinadas pelo art. 700.

Contudo, a partir de tal entendimento, colocou-se sobre os ombros das partes a difícil tarefa de definir qual tipo de provimento estaria sendo requerido - se conservativo ou antecipatório -, para saber se seria abrangido, ou não, pela nova técnica da instrumentalidade

³²⁷ QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., p. 18-19 c/c p. 134; PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 131, p. 239-249, jan. 2006. p. 247-248; COSTANTINO, Giorgio. Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LVIII, n. 03, p. 651-677, luglio/sett. 2003. p. 657-659; CAPONI, Remo. La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, anno LVIII, n. 04, p. 1359-1392, dic. 2004. p. 1372; BIAVATI, Paolo. Prime impressioni ..., p. 565-566.

³²⁸ CONSOLO *apud* QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., p. 19.

³²⁹ BIAVATI, Paolo. Prime impressioni ..., p. 565.

atenuada. E poderia ocorrer - aliás, com certa frequência - de a parte entender que se trata de provimento com natureza antecipatória, e ficar inerte, sem instaurar ou prosseguir com o juízo de mérito, visando à estabilização dos efeitos da decisão. Por outro lado, poderia ocorrer de o juiz adotar posicionamento diverso, considerando se tratar de provimento meramente conservativo para o qual seria necessária a instauração do juízo de mérito, sob pena de perda de eficácia da medida cautelar.

Existe, ainda, o risco de que as partes, por precaução, procedam sempre à instauração do juízo de mérito, ou requeiram seu prosseguimento, sob o temor de ver a medida perder sua eficácia. E, assim, ficaria frustrado o nítido objetivo deflacionário de processos e o efeito dissuasivo buscados pelo legislador, pois a finalidade a ser atingida era de que as partes se conformassem com a decisão proferida em sede de cognição sumária, não sendo necessário instaurar ou dar seguimento ao processo de mérito, de modo que a relação jurídica ficaria ali regulamentada e resolvida; o feito se encerraria, ou as partes procurariam se conciliar extrajudicialmente.

A doutrina italiana não fechou os olhos a este risco, e tem se empenhado em melhor explicitar o que seriam as medidas de caráter antecipatório abrangidas pela nova técnica da instrumentalidade atenuada.

Alguns autores propuseram que se considerassem, nesse âmbito, somente aquelas providências destinadas a produzir efeitos faticamente irreversíveis, pois, nesse caso, o juízo de mérito viria apenas para confirmar a decisão anterior.³³⁰ Contudo, trata-se de interpretação bastante restritiva.

Outros chegaram a propor que se adotasse interpretação a mais ampla possível, para abarcar todos os tipos de provimentos de urgência,³³¹ de forma a atender aos princípios da efetividade da tutela jurisdicional e de economia processual. Contudo, essa corrente foi rapidamente rechaçada, até mesmo pela forma como foi introduzida a novidade pelo legislador: como exceção dentro da regra geral, que continua sendo a existência do nexo de instrumentalidade.³³²

A tese que parece ganhar mais adeptos exclui da nova técnica de atenuação da instrumentalidade apenas aquelas medidas estrutural e essencialmente conservativas, sendo

³³⁰ GHIRGA, Maria Francesca. Le nuove norme sui procedimenti cautelari. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LX - seconda serie, n. 03, p. 781-826, luglio/sett. 2005. p. 791-792.

³³¹ CAPONI, Remo. La tutela sommaria ..., p. 1380.

³³² GHIRGA, Maria Francesca. Le nuove norme ..., p. 792-793 c/c nota de rodapé nº 35.

citado como exemplo mais comum o sequestro conservativo de bens.³³³ Estes autores admitem que se deve fazer uma interpretação extensiva, mas não tão ampla quanto aquela pretendida pela corrente anterior. Devem-se abranger aqueles tipos de medida que, embora não antecipem total ou parcialmente a decisão de mérito, sejam aptos a assegurar um resultado prático substancialmente equivalente à referida decisão de mérito.³³⁴ Em outras palavras, a inovação legislativa deve se direcionar às medidas capazes de produzir efeitos, se não idênticos, pelo menos fortemente análogos àqueles que o provimento final de mérito produziria, isto é, efeitos capazes de satisfazer a necessidade de tutela das partes.³³⁵

Parece ser este o posicionamento que tem prevalecido, podendo-se citar, como exemplo para melhor compreender a tese exposta acima, a situação descrita por Lea Querzola: se, em via cautelar, o autor já obteve a medida para retirada de cartazes difamatórios assim como um *quantum* indenizatório e se ele já se sente satisfeito com o resultado obtido, a medida parece ser apta a ter vida autônoma.³³⁶

4.2.3 A petição inicial

Outro questionamento que se tem apresentado diante dos doutrinadores italianos é sobre o conteúdo da petição inicial, agora que existe uma nova relação entre a tutela cautelar e o sucessivo juízo de mérito, sendo que este último passou a ser apenas eventual.

Será necessário que o autor também exponha, em sua petição inicial, a questão de mérito a ser futura e eventualmente discutida?

A tese majoritária apresenta resposta positiva.

Em primeiro lugar, é necessário que o autor exponha a questão de mérito até mesmo para delimitar a competência do juiz, uma vez que a apreciação do pedido cautelar incumbe

³³³ O *sequestro conservativo* na Itália seria equivalente ao arresto do art. 813 do nosso CPC; enquanto o chamado *sequestro giudiziario* seria o nosso sequestro do art. 822 do CPC brasileiro (Cf. FUX, Luiz. **Curso de ...**, p. 1624).

³³⁴ GHIRGA, Maria Francesca. *Le nuove norme ...*, p. 792.

³³⁵ QUERZOLA, Lea. **La tutela ...**, p. 20-21.

³³⁶ QUERZOLA, Lea. **La tutela ...**, p. 26-27.

ao mesmo juiz que seria competente para julgar o mérito.³³⁷

Podem-se citar outros motivos para a completude da petição inicial, como, por exemplo, o fato de o juiz estar adstrito ao pedido, de modo que a parte não poderá obter, em via cautelar, mais do que obteria no juízo de mérito.

Para Lea Querzola, porém, a petição inicial deverá ser completa, sim, mas não apenas para permitir avaliar a admissibilidade do procedimento, a competência do juiz ou a necessidade de fase instrutória. Mais do que tudo isso, na opinião dela, deve haver a narrativa da futura causa de mérito porque agora existe a possibilidade de a decisão se tornar estável, isto é, definitiva de fato. E é só tomando ciência do direito substancial controvertido que o juiz poderá adotar a providência mais adequada, ou seja, oferecer tutela efetiva.³³⁸

Paolo Biavati, embora também adote entendimento em consonância com a tese majoritária, esclarece que a exposição dos fatos - *causa petendi* - deve ser ampla, completa e exaustiva, como se fosse existir um futuro juízo de mérito; mas o *petitum* poderá ser restrito, limitando-se a parte a indicar qual providência antecipatória pretende obter naquela via. Ele ressalta a distinção entre o pedido na fase cautelar e o pedido a ser formulado em eventual juízo de mérito, sendo que, neste último, poderia ser mais amplo e diversificado. Cita, como exemplo, um pedido que, na via cautelar, se limita à tutela inibitória e, no mérito, se agrega a um pedido ressarcitório.³³⁹ Por fim, ele adverte para o fato de que a inovação legislativa, ao introduzir a atenuação do nexos de instrumentalidade, não pode receber interpretação que sobrecarregue o procedimento cautelar, no sentido de que nem as partes, nem o juiz devem ficar *temerosos* com o fato de que a decisão poderá se estabilizar e se transformar na regulamentação da relação controvertida. Assim, não se pode pretender transformar a cognição sumária em plena e exauriente simplesmente por este temor. Cabe às partes avaliar a oportunidade de instaurar o juízo de mérito ou de prosseguir com ele.

³³⁷ O art. 669-ter do CPC italiano dispõe que a competência para apreciar o pedido cautelar é do mesmo juiz que seria competente para o mérito, mas registra exceção quanto aos juízes de paz, pois estes não detêm poder geral de cautela. Se o juiz de paz for competente para a causa de mérito, a cautelar se propõe perante o tribunal.

³³⁸ QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., p. 13-16

³³⁹ BIAVATI, Paolo. *Prime impressioni* ..., p. 567.

4.2.4 Ônus da prova

Alguns estudiosos do assunto³⁴⁰ têm demonstrado preocupação, também, em relação ao princípio da distribuição do ônus da prova. O art. 2697 do Código Civil italiano contém regra semelhante à do art. 333 do CPC brasileiro, sendo que incumbe ao autor o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos do seu direito, e ao demandado o encargo quanto aos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor.³⁴¹

Portanto, a partir do momento em que se eliminou a obrigatoriedade de instaurar o juízo de mérito, ou de se prosseguir com ele, é de se imaginar, naturalmente, que a parte sucumbente em via cautelar, ou seja, aquele que está sofrendo os efeitos da providência que foi concedida ao autor, terá maior interesse em discutir a matéria na via principal, de cognição plena e exauriente.

Assim, a parte que tiver ocupado o polo passivo no processo cautelar provavelmente se transformará no autor do processo principal, e é nesse momento que os doutrinadores indagam se haveria inversão do ônus da prova.

Será que recai sobre os ombros do autor do processo principal, que era o réu na cautelar, o pesado encargo de provar a inexistência ou a insubsistência do direito verificado em nível de verossimilhança?

Andrea Proto Pisani afirma que seria razoável dar resposta negativa a tal pergunta, mas considera que este entendimento encontraria obstáculo pela ausência de norma expressa no sentido de que o demandado formal no processo principal, que era autor na cautelar, continua com o ônus da prova em relação ao direito já afirmado em sede sumária.³⁴²

A solução que se tem mostrado mais aceita é a de que a inovação legislativa a respeito da instrumentalidade atenuada pode ter implicado, apenas, a alteração do encargo de instaurar o juízo de mérito, mas não transforma a posição das partes no processo de cognição plena e exauriente.

³⁴⁰ PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità ..., p. 248; TORRALBA, Alberto José Lafuente. La evolución ..., p. 84-85.

³⁴¹ Art. 2697 - “*Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda*”.

³⁴² PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità ..., p. 248.

Dentre os doutrinadores brasileiros que já se debruçaram sobre a matéria, Luiz Guilherme Marinoni defende a posição descrita acima. Ele afirma que:

Na verdade, ao se manter a regra de que ‘o ônus da prova é do autor’, a inversão do ônus da propositura da ação principal *viola o direito de defesa*, pois o fato de o réu manifestar a sua vontade de prosseguir discutindo o litígio não deve lhe impor o ônus da prova na ação principal - da qual passa a ser o autor. Ou seja, o réu (da ação sumária) não deve ser obrigado a demonstrar, apenas porque passa a ser o autor da ação principal, que os fatos que foram admitidos como verossímeis na ação sumária - e por isso permitiram a concessão da tutela - *não são* verdadeiros. É que o ônus de demonstrar os fatos constitutivos do direito é de quem pede a tutela jurisdicional *do direito*. Ora, quem pede a tutela jurisdicional *do direito* é o autor da ação de cognição sumária, uma vez que o autor da ação principal, como é óbvio, deseja apenas a revogação da *tutela do direito*, ou a declaração de que ela não deveria ter sido prestada.³⁴³

Esta é, portanto, a posição que se nos apresenta mais correta.

4.2.5 Modificação do provimento cautelar

Conforme já foi dito anteriormente, verifica-se que o legislador de 2005 introduziu as alterações a respeito do nexo de instrumentalidade no seio do capítulo que cuida dos procedimentos cautelares em geral. Assim, as disposições que dizem respeito à possibilidade de modificação da decisão cautelar devem se aplicar, também, à novidade ora em destaque.

Nesse contexto, voltam-se os olhos para os arts. 669-*decies* e 669-*terdecies*. O primeiro deles trata da possibilidade de modificação da decisão nos casos em que ocorrerem alterações de circunstâncias - *mutamenti nelle circostanze*³⁴⁴. O segundo preceito legal cuida da interposição de recursos em face dos provimentos cautelares. As duas hipóteses deverão ser examinadas em conjunto, porque intrinsecamente relacionadas.

Em primeiro lugar, deve-se esclarecer que tipo de *alterações de circunstâncias* autorizam a modificação ou revogação da providência cautelar. Trata-se das alterações na realidade extraprocessual, que podem dizer respeito à existência de provas novas, documentos novos, motivos supervenientes, ou fatos preexistentes, mas dos quais somente se tomou conhecimento posteriormente, sendo que incumbe à parte que os alega fazer prova do

³⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral** ..., p. 373, grifo no original.

³⁴⁴ Seria algo similar ao parágrafo 4º do art. 273 ou ao art. 807, ambos do CPC brasileiro, sobre os quais já se discorreu no capítulo anterior.

momento em que deles tomou ciência.

O requerimento para modificação ou revogação da decisão, com base em tais *alterações de circunstâncias*, poderá ser feito a qualquer momento, por simples petição, direcionada ao mesmo juiz que deferiu a medida cautelar.

Contudo, se a parte interpõe recurso, é nele que deverá ventilar tais fatos. Se a parte não fez uso do recurso, ou se já se escoou o prazo recursal, ou, ainda, se o recurso já foi julgado, e as *alterações de circunstâncias* foram posteriores a ele, aí o pedido de modificação será formulado perante o mesmo juiz que pronunciou a medida cautelar.

Paolo Biavati esclarece, ainda, que, se a providência cautelar foi negada em 1ª instância, mas, depois do recurso manejado pela parte, foi concedida em 2ª instância, será ali, no órgão colegiado e revisor, que se poderá pleitear sua posterior modificação ou revogação com base em *alterações de circunstâncias*.³⁴⁵

O recurso pode ser interposto contra a decisão que acolhe, assim como contra aquela que rejeita o pedido cautelar, e, embora o legislador tenha sido silente, entende-se que ele pode ser utilizado também contra a decisão que modifica ou revoga a medida.

Se o juiz concede a medida cautelar *inaudita altera parte*³⁴⁶, ele o faz por meio de *decreto motivado*, que é mera decisão interlocutória, não passível de recurso imediato. Depois de regularmente instaurado o contraditório, o magistrado poderá rever sua impressão inicial, confirmando, modificando ou revogando a medida, mas, agora, por meio de *ordinanza*, sendo que esta, sim, é recorrível.

Por fim, há intensa discussão sobre a possibilidade, ou não, de se interpor o recurso de cassação contra os provimentos cautelares.

O art. 111, §7º, da Constituição italiana³⁴⁷ dispõe que o recurso de cassação só cabe contra *sentenças*. Tem-se interpretado o termo *sentença* não apenas em seu sentido formal, mas levando-se em conta, também, o aspecto material, de modo que deverá ser observado o caráter decisório e a possibilidade de essa decisão se tornar definitiva.

³⁴⁵ BIAVATI, Paolo. Prime impressioni ..., p. 570.

³⁴⁶ O §2º do art. 669-*sexies* do CPC italiano permite que a medida seja concedida *inaudita altera parte*, caso a citação do demandado possa prejudicar a execução (ou efetivação) da providência cautelar.

³⁴⁷ Art. 111, §7º: “*Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra*”.

É indiscutível, pois, que as medidas emanadas com base nessa nova técnica de instrumentalidade atenuada têm cunho decisório, sendo aptas a regulamentar a relação jurídica controvertida entre as partes.

No que tange ao seu caráter definitivo é que existe controvérsia.

Italo Augusto Andolina e Lea Querzola defendem o seguinte posicionamento: se os artigos 669-*decies* e 669-*terdecies*, ao tratarem das *alterações de circunstâncias* que autorizam a modificação, revisão ou revogação da providência cautelar, dispõem expressamente a respeito dos fatos preexistentes dos quais somente se tomou ciência posteriormente, sendo dever da parte fazer prova desse momento, é de se extrair, nas entrelinhas, o princípio geral da preclusão daquilo que foi deduzido ou que era passível de ser deduzido.³⁴⁸ Neste contexto, as medidas desvinculadas do posterior processo de mérito teriam, sim, caráter definitivo, sendo passíveis de questionamento via recurso extraordinário de cassação. Contudo, este posicionamento é minoritário.

A doutrina majoritária entende que, se a decisão não é apta a produzir os efeitos da coisa julgada, então, não há que se falar no *status* de definitiva, não se podendo fazer uso do recurso de cassação.³⁴⁹

Veja-se que o posicionamento da doutrina majoritária na Itália difere daquilo que vem ocorrendo na França, pois nesta se admite o uso do recurso de cassação.³⁵⁰

Entretanto, o posicionamento predominante na península itálica parece mais consentâneo com os princípios de celeridade, simplicidade e efetividade que norteiam a nova técnica da estabilização. É que, caso as partes se considerem insatisfeitas, poderão fazer uso do processo de cognição plena e exauriente, o qual desemboca em decisão definitiva de mérito, sendo que, aí sim, esta última poderá ser discutida pela via extraordinária do recurso de cassação.

³⁴⁸ ANDOLINA, Italo Augusto. Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 150, p. 70-80, ago. 2007. p. 77. Por outro lado, é Lea Querzola quem faz uso desta expressão: “*un generale principio di preclusione del dedotto e del deducibile*”. (Cf. QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., p. 251).

³⁴⁹ CAPONI, Remo. La tutela sommaria ..., p. 1368-1369.

³⁵⁰ Vide item 4.1.2, letra *p*.

4.2.6 Efeitos da decisão proferida em sede cautelar

O tema ora em destaque, sem dúvida, é o que gera a maior polêmica entre os doutrinadores italianos. O legislador permitiu que a decisão proferida em sede cautelar se desvinculasse do posterior processo de mérito, mantendo sua eficácia; contudo, do parágrafo 9º do art. 669-*octies* consta expressamente que “a autoridade do provimento cautelar não é invocável em um processo diverso”³⁵¹.

Assim, a tese que encontra mais adeptos entre os estudiosos do assunto considera que o legislador, com essa regra, permitiu uma estabilização dos efeitos de tal decisão, mas não a estabilidade própria da coisa julgada, de modo que o provimento cautelar conserva sua eficácia só entre as partes e apenas em relação à pretensão ali reconhecida, não se estendendo a outros processos. Isto, para os fins de assegurar às partes a faculdade de instaurar o posterior juízo de mérito a qualquer tempo, desde que não estejam escoados os prazos de prescrição e decadência.

Paolo Biavati explicita que a *ratio legis* é resolver um conflito de modo tendencialmente estável: a decisão não produz os efeitos da coisa julgada, mas é apta a produzir todos os outros efeitos possíveis, quais sejam, exequibilidade e executoriedade, imperatividade entre as partes e, para ele, até mesmo perante terceiros. É que um terceiro pode vir a realizar um negócio jurídico com as partes tendo por base a relação que ficou declarada em sede cautelar. Nesse caso, ele será considerado terceiro de boa-fé, porque levou em conta uma verdade afirmada em via judicial, ainda que com caráter provisório. Para este doutrinador italiano, o fato de, eventualmente, esta decisão poder ser rediscutida não pode significar um peso sobre a eficácia do provimento.³⁵²

Contudo, existem autores que defendem posicionamento diverso,³⁵³ segundo o qual seria possível que tal decisão desvinculada do juízo de mérito produzisse, sim, os efeitos da coisa julgada. É que, de acordo com este ponto de vista, a regra do art. 669-*octies*, §9º, configura mera escolha de política legislativa, não sendo uma vedação que decorra ontológica e estruturalmente do novo instituto.

Para eles, de fato, a estabilidade ou imutabilidade da coisa julgada está até hoje atrelada às decisões proferidas em processos de cognição plena e exauriente, porque é neste tipo de

³⁵¹ Para o inteiro teor do art. 669-*octies*, vide nota nº 324.

³⁵² BIAVATI, Paolo. Prime impressioni ..., p. 568-569.

³⁵³ QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., p. 171-172.

procedimento que o legislador delimita os contornos do contraditório, dos prazos, das garantias, das impugnações, deixando pouco espaço à discricionariedade do juiz. Contudo, a inércia das partes em instaurar o juízo de mérito, ou prosseguir com ele, é um comportamento que não pode ficar *ilesa*; é um comportamento que provoca certas consequências. Seria a mesma situação da monitória, em que o devedor não opôs seus embargos no momento oportuno.³⁵⁴

É que, para os defensores desta tese minoritária, a aptidão para a coisa julgada decorre do fato de que foi garantida às partes a possibilidade, isto é, abriu-se-lhes a oportunidade de instaurar um processo de mérito, com cognição plena e exauriente. Ora, as próprias partes envolvidas na lide é que serão as pessoas mais indicadas e mais interessadas em avaliar os custos e os benefícios de instaurar o juízo de mérito, assim como avaliar suas chances de êxito, ou insucesso, em reverter a decisão proferida em sede sumária.

Lea Querzola inclui-se entre os autores que defendem a possibilidade de o novo provimento cautelar adquirir força de coisa julgada e, para reforçar seus argumentos, ela cita o seguinte exemplo: Caio tem uma indústria que dá fundos para a propriedade de Tizio, e Caio produz um certo tipo de material que emite gases poluentes. Tizio vai a juízo para fazer cessar a produção deste material e obtém, em via sumária, decisão favorável. As partes ficam inertes e o provimento se estabiliza.³⁵⁵

Depois de um tempo, Tizio vende seu terreno a Fulano. Como se trata de um novo vizinho, Caio resolve retomar a produção industrial daquele material que emite gases poluentes. Fulano agora vai a juízo discutindo a mesma questão, mas, desta vez, não obtém decisão favorável. Pergunta-se: (a) Fulano não vai poder se valer da *autoridade* da primeira decisão que lhe era favorável? (b) Caio agora vai poder entrar com uma ação contra Tizio, para pedir ressarcimento de danos porque lhe foi vedada uma atividade produtiva naquele período e que agora é permitida?

Por meio desta situação hipotética, a autora quer demonstrar que a escolha do legislador, ao imprimir estabilidade à decisão, porém, não os efeitos próprios da coisa julgada, pode gerar problemas na prática.

De fato, este é o aspecto mais delicado da inovação legislativa e que ainda gera muita

³⁵⁴ A propósito, vide art. 1.102-C do CPC brasileiro, que dispõe que: “No prazo previsto no art. 1.102-B, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei”.

³⁵⁵ QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., p. 254-255.

discussão entre os operadores do direito. Contudo, será ele objeto de maiores considerações no capítulo seguinte, quando se avaliar a proposta de estabilização que se pretende introduzir no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2.7 Aspectos procedimentais

Antes de finalizar o estudo sobre as inovações ocorridas no ordenamento jurídico italiano, cabe registrar mais alguns aspectos do procedimento das cautelares em geral e que merecem agora certo relevo, em vista da possibilidade de a decisão proferida em sede sumária vir a se tornar definitiva de fato.

O primeiro deles diz respeito à possibilidade de intervenção de terceiros nesse procedimento cautelar de instrumentalidade atenuada. O legislador foi silente, mas, uma vez que a intervenção de terceiros é aceita na cautelar de maneira geral, a tendência é aceitá-la também neste novo tipo introduzido a partir de 2005. Ficam ressalvados os casos em que o juiz considerar inoportuna tal intervenção, porque retardaria a decisão da cautelar. Na realidade, argumenta-se que, se existe preocupação com o direito de defesa do réu, com muito mais razão haveria de se preocupar com um terceiro que restou prejudicado a partir de um processo do qual sequer fez parte. Além disso, se o nexo de instrumentalidade com o mérito foi atenuado, ou seja, se agora existe a possibilidade de se proferir decisão apta a se tornar estável, é possível que tais efeitos atinjam um terceiro, sendo melhor que todas as questões correlatas sejam resolvidas de uma só vez, num mesmo procedimento. Dentro de tal raciocínio é de se admitir, também, o recurso de terceiro interessado.³⁵⁶

Um outro ponto que é frequentemente destacado pelos doutrinadores italianos é a necessidade de a decisão sumária ser autossuficiente, tal como preceitua o parágrafo 7º do art. 669-*octies*. Isto porque, se existe a possibilidade de ela se tornar estável, é já neste contexto que o juiz deverá dispor sobre despesas processuais. Lembrando-se que a força executiva que acompanha tal decisão sumária abrange, também, os valores das referidas despesas processuais.

Por fim, é necessário frisar que uma parte do nexo de instrumentalidade que havia entre a fase cautelar e o juízo de mérito não restou alterada. E isto pode ser constatado em duas ocasiões distintas.

³⁵⁶ Cf. QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., p. 139-142 c/c 241-243 c/c 254.

A primeira delas concerne à subordinação. Isto quer dizer que, de fato, é mera faculdade das partes instaurar o processo de mérito, ou prosseguir com ele; mas, uma vez que este seja instaurado, a sua decisão, oriunda de cognição plena e exauriente, prevalece sobre aquela outra, proferida em sede sumária.

A outra situação digna de registro diz respeito a algum vício que atinja o eventual processo de mérito a ser instaurado. Como ficaria a eficácia da medida cautelar nesses casos? A resposta deve ser analisada de acordo com a situação fática. Assim, se o vício que atingiu o processo de mérito se estender também à decisão cautelar, esta não poderá subsistir. Como exemplos, e sem intenção de enumeração exaustiva, citem-se vícios de incompetência absoluta, ilegitimidade das partes e falta de interesse de agir. Por outro lado, se o vício do processo de mérito não atinge a cautelar, ela mantém seus efeitos. Seria o caso do vício de citação, ocorrido apenas no juízo de mérito.³⁵⁷

Estes são os temas que têm sido mais discutidos em relação à Lei nº 80/05 que introduziu a técnica da instrumentalidade atenuada nos procedimentos cautelares italianos. A partir de agora, portanto, podem-se delinear algumas conclusões sobre a inovação legislativa.

4.2.8 Conclusões sobre a possibilidade de estabilização da decisão proferida em sede de tutela sumária

A necessidade de uma tutela jurisdicional efetiva, célere e tempestiva colocou em crise a estrutura tradicional do processo, de modo que as inovações legislativas que têm sido feitas na Itália parecem apontar na direção de que o processo de cognição plena e exauriente se torne apenas residual.³⁵⁸

A doutrina aponta, com insistência, a inaptidão estrutural e funcional do processo padrão de cognição para fornecer remédios efetivos, especialmente quando o

³⁵⁷ CAPONI, Remo. La tutela sommaria ..., p. 1375-1376; GHIRGA, Maria Francesca. Le nuove norme ..., p. 795-796.

³⁵⁸ Nesse sentido: MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LXI - seconda serie, n. 03, p. 869-902, luglio/sett. 2006. p. 869; PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità ...; RICCI, Edoardo Flavio. Verso un nuovo ..., No Brasil, também Luiz Guilherme Marinoni manifesta pensamento nesse sentido, afirmando que o procedimento ordinário deve restar apenas como uma simples reminiscência da época em que se confundia *instrumentalidade* do processo com *neutralidade* do processo em relação ao direito material e à realidade social (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória** ..., p. 100).

inadimplemento do devedor não depende de uma verdadeira incerteza acerca da subsistência do crédito, e propõe a introdução, ao lado do accertamento de cognição plena e exauriente, de procedimentos sumários que, rapidamente e sem dilações, num processo autônomo ou no curso de um processo de cognição plena, com respeito ao contraditório, desvinculado do requisito da urgência, baseado na ausência de contestação séria e, de maneira geral, com base em juízo de mera probabilidade, culminem em decisões condenatórias com imediata força executiva, e sem efeitos de coisa julgada.³⁵⁹

Assim, tem-se buscado superar esse modelo tradicional que é caracterizado por três pilares: (a) tendência à predeterminação legal das formas, dos prazos e dos poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz; (b) realização plena do contraditório de maneira antecipada, sendo que a decisão do juiz só é proferida depois de garantida a ambas as partes a possibilidade de demonstrar suas alegações; (c) autoridade de coisa julgada formal e material que se atribui à decisão final, justamente em função de se observarem as duas características anteriores.³⁶⁰

Constatou-se que, frequentemente, e principalmente quando o litígio se funda em direitos de cunho patrimonial ou pecuniário, as partes estão muito mais interessadas em obter um título executivo do que, propriamente, na declaração (*accertamento*) do direito. E o procedimento ordinário foi pensado e construído para priorizar esta declaração.³⁶¹

A ideia de se redimensionar o valor do pleno *accertamento* vem ganhando espaço, pois já se tomou consciência de que o preço a ser pago, em termos de tempo e esforços, para colher os frutos de uma decisão com autoridade de coisa julgada, é, via de regra, excessivo.³⁶²

Além disso, o direito processual deve refletir o pensamento, a filosofia e a economia de um dado período histórico, devendo a técnica do processo ser comprometida com as exigências práticas e culturais de seu tempo. Ora, se assim é, e se estamos vivendo o tempo da

³⁵⁹ MENCHINI, Sergio. Nuove forme di ..., p. 871, tradução nossa de: “*La dottrina, da lungo tempo, sottolinea, con insistenza, la inidoneità strutturale e funzionale del processo di cognizione a fornire rimedi effettivi, specie quando l’inadempimento del debitore non dipende da una reale incertezza circa la sussistenza del credito, e propone l’introduzione, accanto al giudizio di accertamento a cognizione piena, di procedimenti sommari che, rapidamente e senza differimenti, in autonomo processo o in corso di causa, nel contraddittorio dell’obbligato, a prescindere dalla sussistenza in concreto del periculum in mora, sulla base della non serietà della contestazione e, più in generale, in forza di un giudizio meramente probabilistico circa la fondatezza della domanda, culminino in provvedimenti di condanna immediatamente esecutivi e senza giudicato*”.

³⁶⁰ “*L’essenza dei processi a cognizione piena va dunque colta, da un lato nella tendenziale predeterminazione legislativa delle modalità di realizzazione del contraddittorio, delle forme e dei termini in cui il processo si articola, dall’altro lato nella realizzazione del contraddittorio in forma piena e anticipata. Proprio tali caratteristiche fanno sì che l’accertamento finale possa essere dotato del regime di immutabilità che caratterizza il giudicato sostanziale*” (PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità ..., p. 240).

³⁶¹ RICCI, Edoardo Flavio. Verso un nuovo ..., p. 215.

³⁶² BUONCRISTIANI, Dino. Sistema dei ‘référé’s’ ..., p. 576.

imediatidade, em que *nada dura para sempre*³⁶³, talvez tenha chegado o momento de se repensar o instituto da coisa julgada para adaptá-lo às exigências da sociedade atual.³⁶⁴

Alessandro Jommi destaca que se deve romper com a ideia de que a tutela jurisdicional deva necessariamente conduzir aos efeitos da coisa julgada e compreender que a possibilidade de estabilização dos efeitos da decisão concedida em sede de cognição sumária se apresenta como modelo de tutela alternativo ao procedimento de cognição plena e exauriente, que conduz a um resultado *menor* mas cuja celeridade atende às exigências de tutela imediata dos cidadãos.³⁶⁵

Alberto José Lafuente Torralba fala, mesmo, em uma nova forma de entender a justiça, em que se dê destaque e relevância aos **resultados**, ainda que isto signifique relativizar algumas garantias processuais, relegando o procedimento padrão de cognição plena e exauriente a um papel marginal, porque a sociedade moderna exige celeridade.³⁶⁶

É fato, pois, que as inovações têm caminhado em direção à sumarização dos procedimentos. Por outro lado, é também certo que este quadro evolutivo exige prudência, uma vez que as garantias processuais até hoje conquistadas não podem ser, simplesmente e de uma hora para outra, esquecidas. Talvez pensando nisso, o legislador italiano tenha optado por não conferir ao provimento cautelar desvinculado do mérito a força de coisa julgada.

Se esta foi a melhor opção, só o tempo dirá. Diferentemente da França, que já tem longa tradição com o instituto do *référé*, na Itália a redação do art. 669-*octies*, §9º, do CPC é muito recente, não tendo sido ainda possível ter acesso a dados estatísticos a respeito de sua aplicação ou aceitação na prática.

Resta agora analisar como a experiência dos dois países estudados acima pode contribuir para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico processual brasileiro, tendo em vista recentes propostas de alteração legislativa, versando sobre o tema da estabilização, conforme se verá a seguir.

³⁶³ A título de curiosidade, cabe invocar as informações obtidas num *e-mail* que circula na *internet* com o título “Mensagem da IBM aos seus Executivos”, cujo inteiro teor pode ser encontrado no link <http://www.abmeseduca.com/?p=109>, das quais se destacam: (a) as dez profissões indispensáveis em 2010 sequer existiam em 2004; (b) mais de 3000 novos livros são publicados diariamente no mundo; (c) a quantidade de novas informações gerada em 1 ano hoje supera o que foi acumulado nos últimos 5000 anos.

³⁶⁴ Cf. QUERZOLA, Lea. **La tutela** ..., p. 207.

³⁶⁵ “[...] rompe con l’idea che la tutela giurisdizionale debba necessariamente condurre al giudicato, introducendo uno strumento di tutela sommaria che si presenta dichiaratamente, ab initio, come modello di tutela (di condanna) alternativo a quello rappresentato dalla cognizione piena (ricollegata al giudicato) - sempre però possibile -, il quale conduce ad un risultato ‘minore’, ma per la sua rapidità più corrispondente alle esigenze di tutela immediata dei cittadini”. (JOMMI, Alessandro. **Il référé provision** ..., p. 189, nota nº 91).

³⁶⁶ TORRALBA, Alberto José Lafuente. *La evolución* ..., p. 100-101.

5 A PROPOSTA DE ADOÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA NO BRASIL

O CPC brasileiro, em sua atual redação, contempla, nos artigos 273 e 798, respectivamente, a antecipação de tutela e o poder geral de cautela, conforme se viu no capítulo 3.³⁶⁷

Fazendo uso da doutrina italiana exposta no capítulo precedente, sabe-se que as medidas de urgência visam a debelar dois tipos de perigo que ameaçam o provimento jurisdicional. Aquelas que se amparam no art. 798 do nosso CPC, denominadas cautelares, visam a prevenir o perigo da *infruttuosità*, isto é, têm cunho conservativo e visam a assegurar o resultado útil do processo. Já as medidas originadas no art. 273 do nosso CPC têm caráter satisfativo e visam a prevenir o perigo da *tardività*, ou seja, objetivam acelerar a própria satisfação do direito material.

Ainda, dentro do art. 273 do CPC, discorreu-se a respeito das subespécies destas medidas de cunho antecipatório-satisfativo, que Teori Albino Zavascki³⁶⁸ assim classifica:

- medidas assecuratórias: são aquelas amparadas pelo inciso I do referido preceito legal, ou seja, quando haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;
- medidas punitivas: são aquelas tomadas com fins no inciso II, isto é, para evitar abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu;
- tutela de evidência: são as medidas amparadas pelo §6º do referido art. 273, que cuida de pedidos incontroversos.

Além disso, verifica-se que, por meio do art. 798, foram atribuídos poderes gerais ao julgador para que ele possa tomar providências com o objetivo de oferecer proteção a todos os casos em que se constate a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Com base nesse panorama geral, pode-se concluir que, hoje em dia, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de mecanismos processuais capazes de abranger as mais diferentes

³⁶⁷ Ficou consignado, no capítulo 3, que o art. 273 do CPC constitui o regime geral de antecipação de tutela, enquanto que o art. 461, §3º, visou dar prioridade às obrigações de fazer e não fazer. Contudo, ali mesmo, no capítulo 3, registrou-se que a amplitude dos conceitos utilizados no regime geral já seria suficiente para abranger, também, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Assim, quando se fizer referência ao regime geral do art. 273, estará abrangida, logicamente, a tutela específica do art. 461, §3º, do CPC.

³⁶⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 77-78.

situações de urgência. Cumpre recordar que o termo *urgência* deve ser, nesse contexto, entendido de forma ampla, para abarcar, seja as hipóteses de risco, seja aquelas de perigo de dano ou ainda as de comprometimento da efetividade da função jurisdicional.

Aliás, a redação dos dispositivos legais brasileiros que cuidam das tutelas de urgência já chegou a ser objeto de elogios por parte de doutrinadores italianos, conforme se infere de artigo escrito por Edoardo Flavio Ricci.³⁶⁹

Entretanto, até o momento, não existe, no ordenamento jurídico-processual em vigor no Brasil, a possibilidade de estabilização das decisões concedidas em sede de tutela de urgência.

É que, na atual redação do nosso CPC, não há como desvincular essas medidas de urgência do pedido principal de mérito e de seu desfecho.

Assim, por exemplo, as medidas cautelares que são concedidas *ante causam*, isto é, de forma preventiva ou precedente a um processo principal, dependem da efetiva existência do feito principal (e de seu resultado favorável) para que continuem a produzir seus efeitos. Conforme já foi exposto no capítulo 3, quando a ação principal não é ajuizada no prazo de trinta dias previsto pelo art. 806, a medida cautelar perde sua eficácia, por força do disposto no art. 808, I, do nosso CPC. Podem-se citar, ainda, como expressão do nexo de instrumentalidade, os artigos 796, 800, 808, III e 811, I, todos do CPC³⁷⁰.

Da mesma forma, a redação do art. 273 do CPC cuida de medidas de caráter satisfativo requeridas no curso de um processo de mérito. Basta que se atente para a redação

³⁶⁹ RICCI, Edoardo Flavio. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Tradução José Rogério Cruz e Tucci. **Instituto Brasileiro de Direito Processual**, Brasília, 16 set. 2010. 39 p. Disponível em: <<http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/104/1>>. Acesso em: 04 out. 2010. José Roberto dos Santos Bedaque também afirma que “a antecipação de tutela, tal como prevista pelo legislador brasileiro, não encontra similar nos demais sistemas processuais do mundo contemporâneo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 321).

³⁷⁰ O capítulo 3 já cuidou dos aspectos procedimentais relativos às medidas cautelares e ao seu nexo de instrumentalidade em relação ao processo principal de mérito, baseado em cognição plena e exauriente. Ficam, contudo, transcritos, novamente, os artigos agora referidos no texto:

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

Art. 800. “As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”.

Art. 808. “Cessa a eficácia da medida cautelar: I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806; II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias; III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito”.

Art. 811. “Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável [...]”.

do §5º deste preceito legal³⁷¹.

Isto é o que se denomina instrumentalidade necessária. É como se as medidas de urgência fossem consideradas *dependentes* ou *acessórias* em relação a uma posterior decisão de mérito obtida por meio de atividade de cognição plena e exauriente desenvolvida pelo julgador.

Por outro lado, no ordenamento jurídico italiano, conforme foi exposto no capítulo precedente, a partir da Lei nº 80/05, adotou-se o que se convencionou denominar de instrumentalidade atenuada.³⁷²

Na Itália não mais se exige o ajuizamento do posterior processo de mérito, baseado em cognição plena e exauriente, ou não se exige mais o prosseguimento deste processo principal, quando a medida é concedida no curso de uma ação já em andamento.

O eventual ajuizamento do processo de mérito ficou adstrito a uma mera faculdade de qualquer das partes, de modo que a medida concedida em sede de cognição sumária poderá se tornar estável, embora sem força de coisa julgada, tal como ocorre, também, na França, no sistema do *référé*. Esta estabilização, contudo, somente poderá ocorrer caso a parte prejudicada com a concessão da medida em sede de cognição sumária se resigne com tal pronunciamento jurisdicional, cumprindo-o, e não ajuíze o processo dito principal.

Tendo em vista a experiência destes dois países de tradição romano-germânica, aqui no Brasil vem ganhando força a proposta de introdução de semelhante técnica de estabilização dos efeitos da tutela sumária.

Inicialmente, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), por meio de sua então presidente, a professora Ada Pellegrini Grinover, encaminhou uma proposta nesse sentido ao Senado, que tramitou sob a forma do Projeto de Lei nº 186/05.

Tratava-se de reforma pontual que visava introduzir alguns parágrafos à atual redação do art. 273 do nosso CPC, bem como introduzir, ainda, os artigos 273-A, 273-B e 273-C.

O referido Projeto de Lei nº 186, com data de apresentação em 24 de maio de 2005 e tendo como Relator o Senador Antero Paes de Barros, propunha as seguintes alterações na redação do atual art. 273:

³⁷¹ O §5º do art. 273 dispõe que: “concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”.

³⁷² Na realidade, a denominação varia, conforme se viu no capítulo 4, havendo autores que chegam a afirmar, até mesmo, que não se trata mais de simples atenuação ou mitigação do nexo de instrumentalidade, mas de verdadeira ruptura (vide nota de rodapé nº 326).

Art. 273 [...]

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

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

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

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

§ 1º Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada, é facultado, no prazo de 60 (sessenta) dias:

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

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

Art. 273-C. Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento de mérito.

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

Art. 273-D. Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.³⁷³

Conforme se pode verificar da transcrição acima, a proposta tinha ido além do tratamento dado à matéria pelos ordenamentos estrangeiros referidos no capítulo precedente, porque permitiria que a decisão adquirisse os efeitos da coisa julgada, no prazo preclusivo de trinta ou sessenta dias, caso a parte não requeresse o prosseguimento do processo de mérito, ou não ajuizasse a demanda principal, conforme se tratasse, respectivamente, de medidas requeridas incidentalmente ou autonomamente.

No momento, não nos cabe tecer comentários sobre o acerto, ou não, da proposta formulada em tais termos, mas é bom registrar que exatamente este aspecto foi alvo de severas críticas, até mesmo por parte de observadores estrangeiros, como é o caso de Alberto José Lafuente Torralba, que afirmou:

³⁷³ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 186, de 24 de maio de 2005**. Modifica os §§ 4º e 5º do art. 273, e acrescenta os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/5724.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2010.

[...] ainda que no processo italiano a medida antecipatória seja autônoma, não fica excluída a eventualidade do ajuizamento pleno da situação litigiosa, cujo resultado pode perfeitamente contradizer a resolução cautelar e destruir sua eficácia. Por outro lado, [na proposta brasileira], sobre a tutela antecipada não pende esta espada de Damocles: se o sujeito passivo da medida não provoca o processo de conhecimento no prazo legal, seu silêncio se converte em argumento de certeza e a discussão chega ao fim de forma definitiva. O convencimento do juiz acerca da ‘verossimilhança da alegação’, unido à passividade da parte que ocupa o polo passivo, vem justificar a atribuição de coisa julgada ao pronunciamento que antecipa a tutela pretendida, com eficácia excludente de ulteriores processos sobre a mesma questão.³⁷⁴

O referido Projeto de Lei nº 186/05 não logrou êxito, tendo sido definitivamente arquivado em março de 2007.³⁷⁵

Entretanto, em 2010, foi reacesa a discussão em torno da matéria da estabilização, porque nova proposta foi apresentada, desta vez, no seio do projeto da reformulação do CPC como um todo.

Como se sabe, inicialmente foi composta uma comissão externa de juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do novo CPC, presidida pelo Ministro Luiz Fux, tendo como relatora a professora Tereza Arruda Alvim Wambier, contando com a participação dos ilustres Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinícius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

A proposta apresentada por essa comissão de juristas foi subscrita, na íntegra, pelo Senador José Sarney, que figura como autor do Projeto de Lei de iniciativa do Senado, de nº 166/10, apresentado em 08 de junho de 2010.

O Regimento Interno do Senado, por sua vez, dispõe que a apreciação de projetos de Códigos seja realizada por uma comissão temporária de Senadores, que, neste caso, foi instalada no dia 04 de agosto de 2010.

Nesta comissão, foi escolhido como Relator-Geral o Senador Valter Pereira e foram

³⁷⁴ TORRALBA, Alberto José Lafuente. *La evolución ...*, p. 92, tradução nossa de: “[...] *aunque en el proceso italiano la medida anticipatoria es autónoma, no queda ni mucho menos excluida la eventualidad de un enjuiciamiento pleno de la situación litigiosa, cuyo resultado puede perfectamente contradecir la resolución cautelar y destruir su eficacia. Por el contrario, en el Anteproyecto comentado, sobre la tutela anticipada no pende esta espada de Damocles: si el sujeto pasivo de la medida no insta el proceso de conocimiento en el plazo legal, su silencio se convierte en un argumento de certeza y el asunto queda zanjado de forma definitiva. El convencimiento del juez acerca de la ‘verosimilitud de la alegación’, unido a la pasividad de la contraparte, vienen a justificar la atribución de cosa juzgada al pronunciamiento que anticipa la tutela pretendida, con eficacia excluyente de ulteriores procesos sobre la misma cuestión*”.

³⁷⁵ Informações sobre a tramitação do referido Projeto podem ser obtidas no *site* do Senado, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=73862>.

escolhidos, também, relatores parciais, divididos conforme os seguintes temas: (a) parte geral; (b) processo de conhecimento; (c) procedimentos especiais; (d) execução e cumprimento da sentença; (e) recursos; (f) processo eletrônico.

Esta comissão de Senadores elaborou, ainda, um plano de trabalho, no qual se previu a realização de dez audiências públicas³⁷⁶ para tornar público o debate em torno da proposta do novo CPC e abrir a possibilidade de outros setores da sociedade apresentarem propostas para aperfeiçoar o texto produzido pela comissão de juristas.

A título de curiosidade, cita-se a audiência pública ocorrida nesta cidade de Belo Horizonte, aos três de setembro de 2010, com a presença de professores, advogados, desembargadores, representantes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e defensores públicos, entre outras autoridades.³⁷⁷

Também a título de curiosidade, diga-se que, dentre as justificativas apresentadas para embasar a proposta de um novo CPC, encontra-se aquela que diz respeito às inúmeras alterações esparsas de que vinha - ou ainda vem - sendo alvo o CPC de 1973, o que teria provocado a perda de grande parte de sua unidade lógico-sistemática, de modo que a proposta visa à reconstrução, consistente, dessa unidade e sistematicidade, sobre os princípios estruturantes do moderno processo civil.³⁷⁸

Na nova proposta, o CPC seria dividido em quatro livros. O Livro I cuida da Parte Geral e alberga princípios e garantias fundamentais do processo civil; aplicabilidade das normas processuais; limites da jurisdição brasileira; competência interna; normas de cooperação internacional e nacional; partes; litisconsórcio; procuradores; juiz e auxiliares da justiça; Ministério Público; atos processuais; provas; tutela de urgência e tutela da evidência; formação, suspensão e extinção do processo. No Livro II seriam tratados o processo de

³⁷⁶ Destaca-se que, antes mesmo de existir um texto efetivamente elaborado, a comissão de juristas já estava realizando audiências públicas pelo país para consulta popular, no intuito de colher subsídios e sugestões para o projeto que estava em construção. E, depois que o texto inicial foi entregue ao Senado, foi realizada nova rodada de audiências públicas e novas consultas a amplos setores da população. O Senador Relator destaca que o objetivo era dar respaldo popular e legitimidade ao novo Código. Em relação a esta segunda rodada de audiências, foram elas realizadas nas cidades de Brasília (duas delas), Recife, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, Florianópolis, São Paulo, Salvador, Campo Grande e Goiânia. Maiores informações podem ser obtidas no *site*, disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>>.

³⁷⁷ Para mais informações sobre a audiência pública realizada nesta Capital, consulte-se o *site* do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/anexos/nt/noticia.jsp?codigoNoticia=22628>>.

³⁷⁸ A mesma observação foi feita por Roger Perrot quando a França se preparava para substituir o CPC de 1806 pelo de 1975. Também o CPC de 1806 havia passado por reformas parciais, na tentativa de ser atualizado e adequado ao século XX. Naquele contexto, Roger Perrot salientava que as reformas fragmentadas tendem a contradizer o conjunto e a filosofia que perpassam pela noção de um Código e, com o tempo, se tornam insuficientes (Cf. PERROT, Roger. *Il nuovo ...*, p. 228-229).

conhecimento, o cumprimento de sentença e os procedimentos especiais, contenciosos ou não. O Livro III abriga as disposições a respeito do processo de execução. No Livro IV tem guardada a disciplina dos processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais; por fim, há as disposições finais e transitórias.

Portanto, pela nova proposta, o Livro III do nosso atual CPC - o livro que cuida do processo cautelar - seria eliminado³⁷⁹ e a matéria seria tratada de forma inovadora, no Livro I, concernente à parte geral, no Título IX, sob a denominação de *tutela de urgência e tutela de evidência*, nos artigos 269 a 286. As medidas cautelares nominadas, que são hoje disciplinadas em nosso CPC a partir do art. 813, seriam extintas.

É neste Título IX que foi inserida a proposta de estabilização das decisões concedidas em sede de tutela de urgência e de evidência.

De se registrar, ainda, que este Título foi alvo de propostas de Emendas - emendas de nº 32 até nº 37 e nº 182 -, tendo sido todas elas rejeitadas.

Contudo, algumas emendas apresentadas a outros artigos da proposta original do CPC foram acolhidas e, mesmo no que tange ao Título IX, algumas alterações foram introduzidas, no intuito de aperfeiçoar a redação da proposta original, consubstanciando um texto substitutivo por meio do Parecer nº 1624/10.

A última tramitação desse Projeto de Lei de Iniciativa do Senado de que se tem notícia data de 15 de dezembro de 2010, tendo sido aprovado o texto substitutivo e encaminhado à Câmara dos Deputados, para apreciação e votação³⁸⁰.

Será analisado, portanto, o texto substitutivo do Parecer nº 1624/10, fazendo referência às pequenas alterações que foram feitas em relação ao texto original.³⁸¹

³⁷⁹ A referida proposta de alteração legislativa merece elogios. Da forma como se encontra hoje disciplinado o processo cautelar, com procedimento em autos apartados, conforme já se discorreu, anteriormente, no item 3.2.1, observa-se certa perplexidade em lidar com essa autonomia. Na prática, o cautelar, em si, só existe para o deferimento ou indeferimento da medida. Quando se instaura o processo principal, os demais atos processuais acabam sendo nele praticados. É como se o processo cautelar, depois da instauração do principal, praticamente deixasse de existir.

³⁸⁰ Na Câmara dos Deputados, o referido projeto tramita como Projeto de Lei nº 8046/10.

³⁸¹ Todas as informações relacionadas à tramitação e ao conteúdo do Projeto de Lei nº 166/10 foram obtidas por meio de consulta no *site* do Senado Federal, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249> e <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>>.

5.1 A proposta de alteração da disciplina das tutelas de urgência no novo CPC

Num primeiro momento, será apresentada a proposta de redação dos novos artigos que cuidarão da matéria, para, depois, tecer comentários detalhados a respeito de seus aspectos controvertidos.

Salta aos olhos, conforme, aliás, já consta da exposição de motivos do anteprojeto do novo Código, que o Título IX referente às tutelas de urgência e de evidência teve nítida inspiração nos ordenamentos jurídicos de França e Itália.

Logo no art. 269, o projeto do novo CPC trata da matéria das tutelas de urgência e de evidência de maneira unificada, como um gênero amplo. São destacadas como espécies as medidas de natureza satisfativa e aquelas de cunho cautelar.

Pela nova proposta, o art. 269 assim disporia sobre a questão:

Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do *processo*³⁸², sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

§1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida.

§2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.³⁸³

No que tange aos artigos seguintes (nº 270, 271, 272, 273, 274) não se vislumbram alterações significativas em relação às atuais normas do processo cautelar, tendo sido mantidas, ainda que com redação ligeiramente diversa, as regras no que tange: (a) ao poder geral de cautela;³⁸⁴ (b) à exigência de que o juiz indique as razões do seu convencimento, ao

³⁸² Na redação original da proposta apresentada pela comissão de juristas, encontra-se no *caput* do art. 269 a palavra *procedimento*, e não *processo*.

³⁸³ Na proposta original, existiam, ainda, mais dois parágrafos com a seguinte redação: “§3º As medidas satisfativas poderão ser requeridas na petição inicial ou no curso do processo. §4º As medidas cautelares poderão ser requeridas antecedentemente à causa principal ou incidentalmente”. Considera-se que o texto substitutivo andou bem em propor a supressão destes dois parágrafos, pois o *caput* do art. 269 já contempla estas situações.

³⁸⁴ Art. 270. “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. *Parágrafo único.* A medida de urgência poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”. É fato que não existe grande alteração desta proposta do art. 270 em comparação com o nosso atual art. 798. Contudo, considerando-se que pela nova proposta do CPC as tutelas de urgência serão tratadas como gênero, isto significa que o juiz poderá adotar qualquer tipo de medida que se faça necessária, sejam medidas cautelares, sejam medidas satisfativas.

conceder ou negar as tutelas de urgência ou de evidência;³⁸⁵ (c) à competência do juiz para exame dos pedidos relacionados à tutela de urgência ou de evidência;³⁸⁶ (d) à efetivação da medida;³⁸⁷ (d) à responsabilidade do requerente pelos prejuízos que a efetivação da medida causar ao requerido.³⁸⁸

Contudo, é relevante ressaltar que a proposta de redação dos referidos artigos 270 a 274, em relação às atuais regras que disciplinam a antecipação de tutela, significa, sim, avanço, se comparado ao nosso CPC em vigor. É que, no âmbito do processo civil, não existe entendimento convergente, entre os doutrinadores, a respeito da aplicação subsidiária das regras do atual Livro III (que cuida do processo cautelar) aos casos de antecipação de tutela. Assim, no projeto do novo CPC, haveria alteração significativa e positiva para a uniformização dos procedimentos das medidas cautelares (meramente conservativas) e das medidas antecipatórias (de cunho satisfativo).

Já o art. 275 no novo projeto do CPC³⁸⁹ traz uma novidade ao dispor sobre a tramitação preferencial dos processos em que tenha sido concedida tutela de urgência ou de evidência, respeitadas outras preferências legais. Ao que tudo indica, a inovação pretendida tem por escopo dar relevo ao princípio da celeridade, uma vez que se está lidando com situações de urgência.

O art. 276 da proposta também significa inovação, se comparado à atual redação do art. 273 do nosso CPC, pois dispõe a respeito dos requisitos para a concessão das medidas de urgência, salientando que serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Os conceitos abertos e indeterminados hoje utilizados no *caput* do art. 273 - prova

³⁸⁵ Art. 271. “Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

Parágrafo único. A decisão será impugnável por agravo de instrumento”.

³⁸⁶ Art. 272. “A tutela de urgência e a tutela da evidência serão requeridas ao juiz da causa e, quando antecedentes, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Nas ações e nos recursos pendentes no tribunal, perante este será a medida requerida”.

³⁸⁷ Art. 273. “A efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento da sentença definitivo ou provisório, no que couber”.

³⁸⁸ Art. 274. “Independentemente da reparação por dano processual, o requerente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da medida, se:

I - a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a medida em caráter antecedente, não promover a citação do requerido dentro de cinco dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer dos casos legais; IV - o juiz acolher a alegação de decadência, ou da prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida”.

³⁸⁹ Art. 275. “Tramitarão prioritariamente os processos em que tenha sido concedida tutela da evidência ou de urgência, respeitadas outras preferências legais”.

inequívoca e verossimilhança - que geram tanta discussão doutrinária, conforme se viu no capítulo 3, seriam substituídos pelo conceito da *plausibilidade*.

Trata-se, igualmente, de expressão com *contornos semânticos flexíveis*³⁹⁰, a qual confere maior liberdade ao julgador e maior poder na concretização da regra; ele poderá fazer uso do bom senso e da investigação crítica para adequar a letra da lei à realidade,³⁹¹ o que permite que as tutelas de urgência sejam concedidas de forma mais ampla, atendendo aos mais diversos anseios da sociedade moderna.

O parágrafo único deste art. 276 cuida da concessão das tutelas de urgência liminarmente, situação em que o juiz poderá exigir caução do requerente, mas traz uma ressalva importante, que não existe no atual art. 804 do nosso CPC:

Parágrafo único. Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, *ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente*. (grifo nosso).

A ressalva é de extrema importância para o processo do trabalho, uma vez que, na grande maioria das vezes, o trabalhador que figura como requerente de medidas de urgência não dispõe de meios para prestar caução, conforme já se registrou no capítulo 3. Por outro lado, também conforme já se expôs anteriormente, não seria aceitável que este trabalhador ficasse à margem destes tipos de tutela, correndo o risco de ver seu interesse ser objeto de danos, lesões ou ameaças de danos pela impossibilidade de prestar a referida caução. Portanto, a proposta do novo art. 276, em seu parágrafo único, seria recebida com aplausos na seara juslaboral.

O art. 277 do projeto do novo CPC³⁹² dispõe que, em casos excepcionais ou expressamente autorizados em lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência *ex officio*.

Em relação à atual redação do art. 797, não houve inovação significativa, uma vez que já existe esta previsão, mas apenas no que tange às medidas cautelares. Em relação às medidas satisfativas, hoje disciplinadas pelo art. 273, há enorme alteração, porque atualmente o *caput* do referido preceito legal fala em *requerimento da parte*, motivo pelo qual a maioria da

³⁹⁰ A expressão é de José Carlos Barbosa Moreira *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 242-243.

³⁹¹ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Considerações sobre a antecipação..., p. 242-243.

³⁹² Art. 277. “Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”.

doutrina entende que a antecipação dos efeitos da tutela não pode ser concedida *ex officio*³⁹³. Portanto, também aqui a proposta do novo CPC seria recebida de forma positiva, permitindo maior e mais adequada atuação do juiz conforme as necessidades da situação concreta que se lhe apresenta.

O art. 278 sistematizou as hipóteses de cabimento da tutela de evidência, expressamente ressaltando que este tipo de tutela não se vincula ao requisito da urgência, ficando a parte desobrigada de demonstrar risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando: (a) ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; (b) um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrarem-se incontrovertidos, caso em que a solução será definitiva; (c) a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou (d) a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.³⁹⁴

O art. 279 cuida dos requisitos da petição inicial nas medidas de urgência, salientando que a parte deverá indicar a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão.

A partir do art. 280 encontram-se as disposições que dizem respeito à estabilização dos efeitos das decisões proferidas em sede de tutela de urgência e de evidência, motivo pelo qual os artigos serão transcritos na íntegra e na sequência:

Art. 280 - O requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

§1º Do mandado de citação constará a advertência de que, não sendo impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir

³⁹³ A matéria foi abordada no item 3.3.3 (nota de rodapé nº 215), podendo-se citar, novamente, alguns dos autores que representam a posição majoritária, a respeito da necessidade de requerimento da parte para concessão da antecipação de tutela: LOPES, João Batista. **Tutela antecipada** ..., p. 67; SOUSA, Otávio Augusto Reis de. **A antecipação de** ..., p. 41; ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**, p. 116-117; FRIEDE, Reis. **Limites objetivos** ..., p. 26.

³⁹⁴ Na proposta original, o inciso IV deste art. 278 encontrava-se assim redigido: “a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante”. Há ligeira diferença entre a redação original e o texto substitutivo, mas este último está em consonância com o conjunto da nova proposta do CPC, que, em seu art. 930, disciplina o incidente de resolução de demandas repetitivas. O referido incidente é admissível “sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”. O pedido de instauração do incidente poderá ser formulado pelo juiz ou relator, *ex officio*, ou, ainda, por meio de petição das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. A exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC declara que o incidente de resolução de demandas repetitivas teve inspiração na Alemanha.

efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor.

§2º Conta-se o prazo a partir da juntada aos autos do mandado:

I - de citação devidamente cumprido;

II - de intimação do requerido de haver-se efetivado a medida, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Art. 281 - Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.

§1º Contestada a medida no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida.

§2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.

Art. 282 - Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de trinta dias ou em outro prazo que o juiz fixar.

§1º O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento da medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais quanto ao objeto da medida requerida em caráter antecedente.

§ 2º A parte será intimada para se manifestar sobre o pedido principal, por seu advogado ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação.

§3º A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar.

§ 4º Na hipótese prevista no § 3º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado.

Art. 283 - As medidas conservam a sua eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, em decisão fundamentada, exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva.³⁹⁵

§1º Salvo decisão judicial em contrário, a medida de urgência conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

§2º Nas hipóteses previstas no art. 282, §§ 2º e 3º, as medidas cautelares conservarão seus efeitos enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes.

Art. 284 - Cessa a eficácia da medida concedida em caráter antecedente, se:

I - tendo o requerido impugnado a medida liminar, o requerente não deduzir o pedido principal no prazo do *caput* do art. 282;

II - não for efetivada dentro de um mês;

III - o juiz julgar improcedente o pedido apresentado pelo requerente ou extinguir o processo em que esse pedido tenha sido veiculado sem resolução de mérito.

§1º Se por qualquer motivo cessar a eficácia da medida, é vedado à parte repetir o pedido, salvo sob novo fundamento.

§2º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.³⁹⁶

§3º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no *caput*.

Art. 285 - O indeferimento da medida não obsta a que a parte deduza o pedido

³⁹⁵ Esta parte final do artigo, que faz ressalva quanto à tutela de evidência, não constava na proposta original; foi acrescentada no texto substitutivo. Contudo, é repetição do texto do art. 278, inciso II, que cuida das hipóteses de tutela de evidência e já dispõe que, nesse caso, a *solução será definitiva*.

³⁹⁶ Este parágrafo 2º não existe na proposta original apresentada pela comissão de juristas. Só consta do texto substitutivo.

principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for a declaração de decadência ou de prescrição.³⁹⁷

Da proposta de redação transcrita acima, pode-se afirmar que a previsão de estabilização se direciona aos casos em que a medida tenha sido concedida em favor do autor, seja de forma incidental, no curso de uma causa já instaurada, ou de maneira preparatória, antecedendo a um futuro - e agora eventual - processo de mérito.

Uma vez que a medida tenha sido concedida e efetivada na sua integralidade, se o requerido, após ter sido regularmente citado, não a impugnar, o juiz extinguirá o feito,³⁹⁸ e a medida conservará sua eficácia, sendo desnecessário o ajuizamento de nova ação, veiculando o pedido principal.

Por outro lado, se a medida tiver sido impugnada pelo requerido, permanece a obrigação de o requerente deduzir o pedido principal nos mesmos autos em que tiver sido veiculada a pretensão de tutela de urgência, no prazo descrito no *caput* do art. 282.

Portanto, acompanhando os ordenamentos estrangeiros da França e Itália, previamente estudados, seria o caso de se dizer que agora, na proposta brasileira, o nexo de instrumentalidade passa a ser eventual, ou seja, passa a não existir obrigação de instaurar o processo principal de mérito ou de lhe dar prosseguimento, quando o requerido quedar-se inerte. Contudo, nos casos em que ele impugnar a medida, permanece a instrumentalidade rígida, isto é, o requerente tem a obrigação de apresentar o pedido principal, sob pena de perda de eficácia da medida, conclusão que se extrai da análise conjunta do *caput* do art. 282 e do art. 284, I.

Ainda, é de se dizer que, em relação à tutela de evidência, nos casos de pedidos incontroversos, o *caput* do art. 283, assim como o inciso II do art. 278, prelecionam que a solução será definitiva, mas não esclarecem os efeitos de tal estabilização.

Seria de se efetuar, portanto, uma leitura conjunta destes preceitos com o §2º do art. 284, que esclarece que a decisão que concede a tutela não produz coisa julgada, mas só terá a estabilidade de seus efeitos afastada por decisão que a revogar, em outra ação que venha a ser ajuizada pelas partes.

³⁹⁷ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 166, de 08 de junho de 2010**. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>>. Acesso em: 14 dez. 2010.

³⁹⁸ Note-se que o art. 281, §2º, da proposta do novo CPC não esclarece se se trata de extinção do feito sem ou com resolução de mérito. Estas hipóteses, hoje, encontram-se disciplinadas nos artigos 267 e 269, respectivamente, do CPC em vigor. Já no novo CPC, as hipóteses de extinção sem ou com julgamento do mérito seriam reguladas nos artigos 472 e 474.

Assim, conclui-se que é possível às partes ajuizar nova ação para discutir o mérito da lide em sede de cognição plena e exauriente.

Exposta, em linhas gerais, a proposta de alteração do CPC brasileiro, dando destaque aos artigos que cuidam da estabilização dos efeitos da decisão em sede de cognição sumária, pode-se passar ao exame pormenorizado de algumas das dúvidas que as inovações poderiam suscitar, tendo em vista o estudo de direito comparado realizado no capítulo precedente.

5.2 Questões controvertidas

5.2.1 Âmbito de aplicação

Conforme exposto, a proposta do novo CPC unificou o tratamento da tutela de urgência como gênero, disciplinando, como suas espécies, as medidas de caráter satisfativo e aquelas de cunho cautelar.

Em relação à atual redação do nosso CPC, o proposto art. 269 representa enorme avanço, porque não mais se pretende estabelecer rígida distinção entre as espécies de tutela de urgência.

Aliás, é oportuno lembrar a preciosa lição de José Carlos Barbosa Moreira, que afirma que a preocupação em traçar critérios rigorosos para distinguir as medidas cautelares das medidas antecipatórias é exagerada. O renomado autor aduz que “nem sempre se consegue riscar com facilidade e exatidão a linha divisória entre os dois terrenos. E, bem pesadas as coisas, talvez nem sequer valha a pena fazer grandes esforços nesse sentido”³⁹⁹.

Assim, em tese, a proposta brasileira levaria vantagem em relação ao correspondente instituto italiano, no que tange ao âmbito de aplicação da estabilização. Conforme se viu no item 4.2.2 do capítulo precedente, está em discussão, na Itália, se a estabilização se aplica a todos os tipos de medidas de urgência ou se se restringe àquelas de cunho satisfativo. Como o legislador brasileiro não fez esta distinção nos artigos 280, 281 e 284 da proposta do novo CPC, pode-se concluir que, em âmbito nacional, caso seja aprovada, a estabilização se

³⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência ..., p. 72.

aplicaria a quaisquer das espécies de medidas de urgência.

Contudo, na prática, também no Brasil se faria sentir a mesma discussão já existente na Itália. É que, embora a proposta do Projeto de Lei nº 166/10 não faça rígida distinção entre as medidas meramente conservativas e aquelas de cunho antecipatório e satisfativo, na prática, não seria razoável a estabilização de uma medida com caráter meramente conservativo, que não seja suficiente a por fim à crise de direito material.

Exemplo típico seria o arresto disciplinado no atual art. 813 do nosso CPC. Trata-se de medida estrutural e essencialmente conservativa, em que são apreendidos bens do devedor para assegurar a viabilidade de uma futura penhora. E, para tanto, é necessário designar uma pessoa que fique responsável pela guarda e conservação de tais bens. Acontece que esse depositário pode ser um terceiro, estranho à lide, ou seja, nem autor nem réu, de modo que o objeto do litígio não estaria ao alcance de nenhuma das partes litigantes, e a crise do direito material persistiria.

Assim, é importante salientar que tanto na Itália, como aqui no Brasil, o objetivo da estabilização é colocar fim à crise de direito material, em solução potencialmente definitiva.

Ora, se as partes ficarem inertes, é como se se declarassem *satisfeitas*, ou pelo menos *resignadas*, com o resultado da demanda naqueles termos e, se o conflito chega ao fim, o processo terá atingido seu escopo de pacificação, sem imiscuir-se em distinções de cunho doutrinário.

Portanto, numa análise preliminar, a proposta seria recebida de forma positiva no ordenamento jurídico brasileiro.

5.2.2 A petição inicial

Comparando a redação que o art. 279 receberia, nos termos do Projeto de Lei nº 166/10, com a exposição que foi feita anteriormente, no capítulo 4, no item 4.2.3, quando se discorreu a respeito da doutrina italiana, a proposta de alteração legislativa brasileira também seria vista com bons olhos, pois já explicita que a parte deverá indicar “a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão”.

Assim, a partir desta narrativa inicial, seria possível avaliar a admissibilidade do procedimento, a competência do juízo e a plausibilidade do direito. Seria possível, ainda, que

o juiz tomasse o devido conhecimento dos fatos para, se for o caso, adotar as providências de urgência mais adequadas, oferecendo tutela efetiva.

Ademais, conforme se observa da leitura do art. 282 no Projeto de Lei nº 166/10, anteriormente transcrito, caso a medida seja impugnada pelo réu, ou caso seja indeferida, já se passa, automaticamente, para o processo de cognição plena, motivo pelo qual a petição inicial tem que ser completa.

Assim, em comparação com o ordenamento italiano, a proposta de alteração no Brasil suscitaria menos discussão em torno do conteúdo da petição inicial, sendo mais um aspecto positivo a ser considerado.

5.2.3 Ônus da prova

Num exame preliminar, a proposta de alteração legislativa em tramitação no Brasil encontra-se redigida de forma mais clara, de modo a não gerar a discussão que ocorre hoje, na Itália, em torno da distribuição do ônus da prova, conforme descrito no item 4.2.4.

É que o ônus de ajuizar o processo principal ou de requerer o prosseguimento de um feito já em andamento não recairia exclusivamente sobre os ombros daquele que sofre os efeitos da medida de urgência ou de evidência.

O art. 282 expressamente dispõe que, impugnada a medida, é do requerente a obrigação de apresentar o pedido principal, no prazo de trinta dias ou em outro prazo a ser fixado pelo juiz. Ademais, nos termos do §1º do referido art. 282, o pedido deverá ser apresentado nos mesmos autos em que se tiver veiculado a pretensão de urgência, de modo que não haverá inversão das partes nos polos ativo e passivo. Desta forma, perderia espaço a discussão a respeito da inversão do ônus da prova.⁴⁰⁰

Contudo, o mesmo questionamento que foi formulado na Itália ocorreria aqui, no Brasil, se, inicialmente, as partes se resignassem com a decisão concedida em sede de cognição sumária, mas, depois, resolvessem ajuizar nova ação para discutir o mérito a fundo.

É que o Projeto de Lei nº 166/10 apresenta proposta de estabilização da decisão, mas

⁴⁰⁰ A título de curiosidade, anote-se que a distribuição do ônus da prova encontra disciplina semelhante na proposta do novo CPC, em seu art. 357, incumbindo ao autor o ônus quanto aos fatos constitutivos do seu direito, e ao réu, quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

sem força de coisa julgada, motivo pelo qual o §3º do art. 284 resguarda a possibilidade de as partes requererem o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida de urgência para instruir a petição inicial de uma eventual e futura ação de mérito.

Neste ponto cabe fazer algumas observações.

Em primeiro lugar, não foi esclarecido o prazo em que seria possível às partes exercer essa faculdade de ajuizar um posterior processo de mérito. Na esteira do que ocorre na Itália, seria de se concluir, portanto, que as partes teriam resguardada esta oportunidade enquanto não escoados os prazos de prescrição e decadência do direito material.

Em segundo lugar, se a faculdade ficou resguardada a quaisquer das partes, poderia ocorrer, aí sim, de o réu no procedimento sumário se tornar o autor no processo principal, dando lugar à mesma discussão que se vislumbra na Itália a respeito do princípio da distribuição do ônus da prova. Contudo, a conclusão ali esposada (no item 4.2.4) seria de se aplicar também aqui, isto é, a proposta legislativa contém dispositivo que altera o encargo de instaurar o juízo de mérito, mas não transforma a posição das partes no processo de cognição plena e exauriente. Sendo assim, não haveria como se exigir do réu na cautelar - que se transformaria no autor do feito principal - o pesado encargo de demonstrar que os fatos que foram admitidos como plausíveis na ação sumária não são verdadeiros. Isto porque os *fatos constitutivos do direito* continuam sendo encargo probatório da parte que postula a tutela jurisdicional *do direito*.

5.2.4 Modificação das medidas concedidas em tutela de urgência

Neste aspecto, a proposta do novo art. 283 prevê a possibilidade de revogação ou modificação das medidas urgentes. Levando em conta a vigente redação do art. 273, §4º e do art. 807, pode-se dizer que a tradição brasileira se assemelha àquela presente nos ordenamentos jurídicos francês e italiano, a respeito da ocorrência de *circunstâncias novas*, conforme se expôs anteriormente.⁴⁰¹

Assim, não houve grande alteração em relação às normas já em vigor.

⁴⁰¹ Vide capítulo 3, quando se discorreu a respeito da atual disciplina que a matéria da revogabilidade recebe no CPC brasileiro, nos artigos 273, §4º e 807. Vide, também, capítulo 4, no item 4.1.2, letra *m*, para as hipóteses de revogação ou modificação da *ordonnance de référé* na França, e, por fim, no item 4.2.5, para as situações de revogação ou modificação da tutela cautelar na Itália.

Entretanto, a nova proposta do CPC apresenta novidade em relação à tutela de evidência. Se se tratar de pedido incontroverso, a solução será definitiva, não havendo previsão para futuras alterações da medida. Esta previsão remete à discussão sobre a estabilização dos efeitos da decisão. E, também para a tutela de evidência, considera-se que o Projeto de Lei nº 166/10, à míngua de expressa disposição em contrário, estabeleceu a estabilização da decisão sem força de coisa julgada, nos moldes que serão tratados a seguir.

5.2.5 Efeitos da decisão - estabilização sem força de coisa julgada

Resta analisar, por fim, o aspecto que, sem dúvida, é o mais controvertido das inovações que vêm sendo apresentadas, conforme, aliás, já se havia anunciado no item 4.2.6 do capítulo precedente.

Numa análise preliminar da proposta brasileira, o nexo de instrumentalidade que liga os procedimentos de urgência à posterior decisão de mérito se tornará meramente eventual nos casos em que o requerido, depois de citado, não impugnar a decisão ou a medida liminarmente concedida. Nesta hipótese, o requerente fica desobrigado de apresentar o pedido principal, sem que a medida tenha cessada sua eficácia, sendo que há expressa previsão de estabilização dos efeitos da decisão sumária, com extinção do feito, mas sem força de coisa julgada.

O Projeto de Lei nº 166/10 parece acompanhar a técnica que foi introduzida na França e na Itália, colocando em posição de destaque a postura adotada pelas próprias partes da relação processual.

Não é novidade que a conduta das partes (ação ou omissão) deve gerar consequências no plano processual. Como exemplos simples e corriqueiros de situações que acontecem no dia-a-dia forense, podemos citar a hipótese em que a parte não interpõe recurso no prazo fixado em lei. A sua omissão lhe trará consequências (preclusão), fazendo com que prevaleça, via de regra, a decisão até então proferida (se se trata de recurso perante o 2º grau de jurisdição, prevalece a sentença prolatada em 1ª instância; se se trata de recurso para os tribunais superiores, prevalece o acórdão proferido em 2º grau).

Podemos citar, também, a situação diametralmente oposta: a efetiva interposição de recurso pela parte obsta que ela apresente novo recurso em face da mesma decisão, também pela ocorrência de preclusão (na espécie, consumativa) e por aplicação do princípio da

unirrecorribilidade. Assim, a conduta ativa da parte também lhe traz consequências no curso de uma ação judicial.

Portanto, na realidade, não seria equivocado pensar que ninguém melhor do que as próprias partes envolvidas no litígio para avaliar se o quadro fático e jurídico que se delineou com a concessão da medida em sede de cognição sumária deverá ser mantido ou não.

Neste contexto, poder-se-ia concluir que a omissão das partes em prosseguir com o juízo de mérito, de cognição plena e exauriente, seria indício seguro de que elas, na verdade, abrem mão dessa sentença de mérito com força de coisa julgada.

Como bem pontua o i. professor Érico Andrade:

[...] a essa decisão antecipatória sumária não se ligam os efeitos da imutabilidade ou perenidade decorrente da autoridade da coisa julgada, mas certa estabilidade de efeitos, independentemente [...] da instauração do processo de cognição plena ou de mérito. E assim ocorre porque [...] certamente o desejo das partes é resolver o problema do direito material, e não obter o certificado processual da imutabilidade ou da indiscutibilidade do direito, fornecido pelo conceito de coisa julgada [...].⁴⁰²

Ora, conforme se expôs no capítulo 2, o direito processual reflete o pensamento, a filosofia e a economia de um dado momento histórico, e, se hoje se vive numa sociedade com enormes exigências de celeridade, é razoável supor que as partes envolvidas no litígio estão muito mais interessadas em resolvê-lo de maneira rápida, obtendo-se a efetivação da decisão no plano prático com base em uma decisão tendencialmente estável, do que em aguardar todo o iter procedimental inerente ao processo padrão de conhecimento apenas para obter a declaração do direito com base numa decisão que tenha autoridade de coisa julgada.

A nova fase vivida pelo direito processual nos dias de hoje demonstra a ênfase que se dá na busca por mecanismos aptos a tornar efetiva a tutela jurisdicional, visando à solução rápida e eficiente da crise de direito material, ainda que seja necessário redimensionar o valor da coisa julgada.

Oportunas as palavras de José Roberto dos Santos Bedaque:

A relativização do binômio direito-processo permite verificar as situações em que há necessidade de sacrificar a certeza em favor da eficácia da tutela. Mesmo que isso possa implicar abandono de uma qualidade do provimento jurisdicional e de seus efeitos, que é a imutabilidade, ou seja, a coisa julgada.⁴⁰³

⁴⁰² ANDRADE, Érico. A técnica processual ..., p. 199.

⁴⁰³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** ..., p. 155.

Cândido Rangel Dinamarco também ressalta que “nenhum princípio é absoluto, nem insuscetível de releituras e interpretações coerentes com as mutantes exigências dos tempos”⁴⁰⁴.

Certo é que, uma vez efetivada a medida de urgência, com base em cognição sumária, se o requerido, depois de regularmente citado, mostrou-se inerte, é porque ele concorda ou já se resignou com os efeitos dessa providência que foi deferida em favor do requerente.

Frise-se, uma vez mais, que o objetivo é colocar fim à crise de direito material, oferecendo solução final àquele processo, solução esta que seja potencialmente definitiva, porque a parte sucumbente pode se conformar com o resultado e não tomar a iniciativa de desconstituí-la em outra sede.⁴⁰⁵

Por outro lado, deve-se registrar que, uma vez resguardada às partes a oportunidade de rediscutir a matéria de forma ampla, em eventual e posterior procedimento de cognição plena e exauriente, não terá havido ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e seus corolários - a ampla defesa e o contraditório.

É que, conforme pioneira exposição de Eduardo Couture, identificam-se como elementos essenciais ao princípio constitucional do devido processo legal: (a) a existência de citação válida e regular; (b) abrir ao réu a oportunidade de se manifestar seja oralmente ou por escrito; (c) conferir a ambas as partes igual oportunidade de produzir provas; (d) que a lide seja posta diante de juiz competente e imparcial.⁴⁰⁶

Trata-se, em verdade, de aplicar o binômio *informação e possibilidade de reação*, que, em italiano, consubstancia-se em *citazione e udienza*, ou, ainda, o que, na tradição do *common law*, traduz-se pelo *notice and hearing*⁴⁰⁷.

Assim, se é assegurada às partes a oportunidade para que possam fazer valer suas alegações bem como a oportunidade para que possam produzir as provas que entenderem cabíveis, mesmo que de maneira postergada, não há ofensa ao referido princípio do devido processo legal. Trata-se de abrir-lhes a oportunidade, mas não se exige que elas, efetivamente, dela façam uso.

Não se ignora, entretanto, que a escolha do legislador em conferir estabilidade a uma

⁴⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. II, p. 758.

⁴⁰⁵ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** ..., p. 155.

⁴⁰⁶ Cf. COUTURE, Eduardo. La garanzia costituzionale del ‘dovuto processo legale’. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. IX, parte 1, n. 2, p. 81-101, 1954.

⁴⁰⁷ Cf. COUTURE, Eduardo. La garanzia costituzionale ..., p. 88.

decisão fundada em juízo de mera verossimilhança apresenta riscos. Afinal, quando é reduzida a atividade cognitiva do juiz, há o risco de ficar comprometida a qualidade da tutela jurisdicional.

Cândido Rangel Dinamarco pondera, contudo, que o legislador, ao fazer tais escolhas, já deve avaliar a intensidade do risco e a gravidade dos possíveis males daí advindos; deve ele também avaliar se os males seriam suportáveis e de pouca incidência, se os benefícios seriam consideráveis e se as vantagens esperadas seriam alcançadas.⁴⁰⁸

O i. processualista afirma que

o legislador moderno, comprometido com o método que se qualifica como *processo civil de resultados*, opta por *ousar prudentemente*, renunciando a exigências que retardam a tutela e permitindo soluções e condutas que, sem criarem grandes riscos de males prováveis, concorrem para a maior aderência do processo à realidade econômica dos conflitos e dos litigantes, com maior aptidão a abreviar a penosa duração dos juízos.⁴⁰⁹

Aliás, é o próprio Cândido Rangel Dinamarco quem explicita ser possível ao processo chegar a um nível de segurança jurídica com razoável celeridade, eliminando o conflito, tendo sua eficácia e legitimidade conferidas pela utilidade social atingida.⁴¹⁰

No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social”⁴¹¹.

Seria esta, exatamente, a situação que se vislumbra hoje na França, por exemplo, quando se analisam os positivos e significativos resultados obtidos na prática, conforme se viu no capítulo precedente, em que 90% dos casos se resolvem com o procedimento célere do *référé*. De se destacar, também, que, em 80% dos casos do *référé provision*, ocorre a estabilização, ou seja, não se passa ao posterior processo de mérito.

Ora, a pacificação e a utilidade sociais atingidas na prática seriam aptas a conferir legitimidade e segurança jurídica ao processo, uma vez que se teria eliminado o conflito num curto espaço de tempo.

Ainda, vista a questão sob outro ângulo, poderíamos trazer à baila a oportuna lição de

⁴⁰⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade** ..., p. 244.

⁴⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do** ..., t. II, p. 733, grifo no original.

⁴¹⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade** ..., p. 286.

⁴¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** ..., p. 19.

Athos Gusmão Carneiro. O i. jurista salienta que realmente existem riscos inerentes a qualquer provimento jurisdicional. Até porque, o sistema é humano e, como tal, não se poderia esperar que fosse mesmo perfeito. Assim, não se olvida que, de fato, o juiz pode cometer erros quando analisa um pedido em sede de cognição sumária. Mas também pode cometê-los em sentença definitiva oriunda de cognição plena e exauriente. Se assim não o fosse, por que existiria a ação rescisória?⁴¹²

Não se pode deixar, contudo, de se registrar uma ressalva à proposta de introdução da técnica da estabilização no ordenamento jurídico brasileiro.

Na França existe um importante fator que funciona como contrapartida ou como forma de harmonizar e equilibrar a aplicação da técnica de estabilização: trata-se dos amplos poderes que são conferidos ao julgador.

Ora, conforme se viu no capítulo precedente, o *référé* é fruto de construção pretoriana e, mesmo depois que o instituto foi acolhido pela norma escrita, o legislador não pretendeu traçar-lhe rígidos critérios de aplicação, deixando bastante espaço para a discricionariedade do julgador. Apenas para lembrar, diga-se que o juiz do *référé* avalia a situação concreta que lhe é trazida pelas partes e, sopesando a gravidade do caso ou a sua urgência, pode remeter o exame da questão a um órgão colegiado.⁴¹³ Outro aspecto que é de suma importância é o poder conferido ao juiz do *référé* para, novamente sopesando os princípios e garantias fundamentais em jogo, afastar a regra da instrumentalidade atenuada, restaurando o nexo da instrumentalidade rígida e fixando um prazo peremptório para a parte ajuizar a ação principal de mérito, sob pena de a medida de urgência perder sua eficácia.⁴¹⁴

Assim, tem-se que, no sistema francês, o fato de não terem sido estabelecidos critérios rigorosos e limitadores da atividade do magistrado serve, exatamente, para que ele possa atuar conforme as necessidades do caso concreto.

Este aspecto, contudo, não nos parece ter sido expressamente observado pelo legislador brasileiro, conforme se pode inferir da leitura dos artigos 280 a 284 da proposta do novo CPC, anteriormente transcritos.

Ora, é importante dotar o juiz de poderes mais flexíveis na direção e condução do processo, possibilitando a adoção de soluções adequadas às especificidades dos problemas

⁴¹² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 29.

⁴¹³ Vide item 4.1.2, letra c, no capítulo anterior.

⁴¹⁴ Vide nota de rodapé nº 269, em que se narrou caso envolvendo a família do Presidente Mitterrand, em 1996.

que lhe são trazidos pelas partes.

Neste contexto, o ideal seria permitir que o julgador adotasse as medidas necessárias para adequar o processo às características da situação concreta e, por exemplo, conforme os princípios fundamentais em jogo, fixar prazo para a parte *obrigatoriamente* ajuizar o processo de mérito, restaurando o nexo de instrumentalidade rígida, sob pena de a medida de urgência perder sua eficácia, se assim o exigir a hipótese *sub judice*.

Poder-se-ia, quiçá, recorrer ao art. 118 do projeto do novo CPC⁴¹⁵, que cuida dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz. A redação dos incisos V e IX parece apontar na direção de que o legislador pretende, sim, ampliar os poderes do magistrado, com o nítido intuito de conferir maior efetividade à tutela jurisdicional.

E, como assinala, com propriedade, o i. professor Érico Andrade, nem se argumente que tal possibilidade, de aumento dos poderes do juiz na condução do processo, poderia configurar ofensa ao princípio da imparcialidade ou do devido processo legal, ou sequer abertura para o arbítrio e a discricionariedade judicial. Não significa que o julgador vá usar de tais poderes para favorecer um dos litigantes nem que vá *criar* um processo próprio segundo suas convicções pessoais. A exigência constitucional de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX) já é fator de controle da atividade jurisdicional, bem como a possibilidade de interpor recursos para rever tais decisões.⁴¹⁶

Faz-se, pois, esta ressalva em relação à proposta de alteração legislativa no Brasil, no que tange aos poderes conferidos ao julgador, no sentido de que eles deveriam ser ampliados, porque representam uma importante contrapartida para assegurar o equilíbrio na aplicação do novo mecanismo da estabilização, bem como para assegurar a qualidade da tutela

⁴¹⁵ No projeto do novo CPC, o art. 118 apresenta a seguinte redação:

Art. 118. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - promover o andamento célere da causa; II - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações impertinentes ou meramente protelatórias, aplicando de ofício as medidas e as sanções previstas em lei; III - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; IV - tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; V - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico; VI - determinar o pagamento ou o depósito da multa cominada liminarmente, desde o dia em que se configure o descumprimento de ordem judicial; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para ouvi-las sobre os fatos da causa, caso em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outras nulidades processuais”.

⁴¹⁶ Cf. ANDRADE, Érico. **O mandado de ...**, p. 133-137 e p. 539.

jurisdicional.

Numa análise preliminar, portanto, parece-nos que a proposta brasileira de estabilização das decisões sumárias tem, em tese, as portas abertas à sua frente para trilhar um caminho de sucesso, tal como aquele que se traduz em expressivos números na França.

Não se desconhece, entretanto, o fato de que o sucesso de um tal mecanismo de estabilização depende, na realidade, do grau de resignação das partes em relação à decisão sumária proferida.

Assim, analisando a proposta de estabilização que consta do projeto do novo CPC brasileiro, seria de se ressaltar a necessidade de se repensar a postura e o papel das partes e do juiz na condução do processo para que este atinja seu ideal de efetividade.

E é neste cenário que se torna oportuna a preciosa lição de José Roberto dos Santos Bedaque:

O bom funcionamento da técnica processual, por mais perfeita que possa parecer aos olhos do processualista, depende fundamentalmente das pessoas que a operam e da estrutura criada para sua aplicação. Se as reformas processuais não forem acompanhadas de alterações estruturais profundas na organização do Poder Judiciário, com preocupações voltadas para a formação e aperfeiçoamento do julgador, corre-se o risco de novas frustrações, pois os instrumentos não encontrarão condições favoráveis para aplicação.⁴¹⁷

Compete aos operadores do Direito, portanto, tentar contribuir para que sejam criadas condições favoráveis, no intuito de que a proposta de estabilização da tutela sumária, caso aprovada, seja aplicada em toda a sua potencialidade.

⁴¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 17.

6 APLICAÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO DAS DECISÕES SUMÁRIAS EM SEDE DE TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO

6.1 A síndrome do descumprimento das obrigações trabalhistas

As peculiaridades do Direito do Trabalho, seja no seu ramo substancial, seja no processual, exigem algumas considerações iniciais, para que se possa proceder ao exame proposto neste capítulo, a respeito da possível aplicação do instituto da estabilização das decisões sumárias no processo do trabalho.

O contexto histórico de formação dos Estados Liberais traçado no capítulo 2 serve de amparo à compreensão deste ramo especializado do Direito.

Conforme se viu anteriormente, a predominância dos valores liberais nos séculos XVII-XVIII fez com que se exaltasse a liberdade individual e a propriedade privada. E esse excesso de individualismo gerou reflexos nos aspectos econômicos, políticos, sociais, culturais e jurídicos.

No que diz respeito ao Direito do Trabalho, interessa-nos destacar que a liberdade econômica sem limites provocou a opressão dos mais fracos, contribuindo para a exploração daqueles que eram desprovidos dos meios de produção e que, sem escolha, se submetiam a quaisquer condições de trabalho impostas pelos detentores do capital.

Nessa doutrina individualista clássica, predominava a teoria da autonomia da vontade, acreditando-se que as relações de trabalho poderiam ser reguladas pelo Direito Civil, como se se tratasse de um contrato firmado por partes iguais, individuais e singelas.

Contudo, logo se percebeu que um dos polos nessa relação de trabalho era ocupado por um sujeito que mais se equiparava a um ser coletivo - o empregador. Era ele detentor dos meios de produção e do capital, sendo a sua vontade

hábil a detonar ações e repercussões de impacto social, seja certamente no âmbito da comunidade do trabalho, seja eventualmente até mesmo no âmbito comunitário mais amplo. Efetivamente, a vontade empresarial, ao se concretizar em ação, atinge um universo bastante amplo de pessoas no conjunto social em que atua.⁴¹⁸

⁴¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 91.

Despontou, portanto, a necessidade de intervenção estatal para regular e fixar condições em favor de quem não contava com outra sorte de proteção, no sentido de tornar mais justa e equilibrada esta relação de trabalho subordinado.

Surge, assim, o Direito do Trabalho, no século XIX, “num mundo marcado pela desigualdade econômica e social, fenômeno que tornou necessária a intervenção do Estado por meio de uma legislação predominantemente imperativa, de força cogente, insuscetível de renúncia pelas partes”⁴¹⁹.

A sempre oportuna lição do i. professor José Roberto Freire Pimenta bem resume a questão:

O princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente e o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas são pedras fundamentais do edifício conceitual do Direito do Trabalho, que significam, em última análise, a consagração da ideia de que o Estado tem não só a faculdade ou o direito mas especialmente o dever de intervir juridicamente nas relações privadas estabelecidas pelos empregadores e empregados para assegurar a esses últimos, originalmente colocados em uma situação de desigualdade real (econômica, social e cultural), um patamar de direitos que corresponda a um mínimo razoável, abaixo do qual não estará assegurado o direito fundamental do trabalhador e de sua família a uma existência digna, assegurado pela Constituição - e tal intervenção, como é evidente, não se limita ao plano substancial das relações privadas, manifestando-se também, e com especial intensidade, no plano jurisdicional e processual [...]. Como se sabe, não se esgota no plano do direito material a necessidade de um tratamento jurídico diferenciado das relações trabalhistas, sendo igualmente importante que ele também se dê no plano paralelo do direito processual.⁴²⁰

Marcos Neves Fava também salienta que “não se abstrai, no plano processual, a desigualdade dos atores sociais que se relacionam no direito do trabalho, o que está a exigir dos mecanismos processuais a correção, o nivelamento, eficaz, não apenas formal, dos litigantes”⁴²¹.

Assim, a disparidade que existe entre empregados e empregadores justifica a intervenção estatal por meio de legislação de cunho protetivo, não apenas no campo do direito material, como também no ramo processual, o que, aliás, “é a nota distintiva [*do Direito do Trabalho*], bem como a própria razão de ser da completa emancipação desse ramo do Direito do tronco do Direito Civil do qual se originou”⁴²².

Observa-se, assim, a atuação do Estado como forma de garantir a igualdade

⁴¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 67.

⁴²⁰ PIMENTA, José Roberto Freire. **A tutela antecipatória** ..., p. 775-776.

⁴²¹ FAVA, Marcos Neves. **Ação civil pública trabalhista: teoria geral**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 57.

⁴²² PIMENTA, José Roberto Freire. **A tutela antecipatória** ..., p. 773.

substancial dos cidadãos. Não mais se recusa o Estado-legislador a enxergar a evidente e patente desigualdade que existe entre as pessoas, e não mais pretende perpetuar a ficção jurídica que prevaleceu no liberalismo, quando sobressaía a igualdade meramente formal de todos perante a lei.

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da igualdade, em seu aspecto substancial, consentâneo com o Estado Democrático de Direito, encontra abrigo em sede constitucional, seja no preâmbulo da nossa Carta de 1988, seja em seu art. 5º, *caput*, como também em diversos outros dispositivos ao longo daquele texto.⁴²³

Com isto, quis o legislador constituinte impedir distinções de caráter infundado, arbitrário ou ilegítimo, permitindo-se, por outro lado, que exista tratamento diferenciado quando haja motivo fundado.

E este princípio se reflete em todo o ordenamento jurídico, pois ressalta

a vedação geral do arbítrio, isto é, a proibição de medidas legislativas arbitrárias. Entende-se por arbitrária a lei que trate desigualmente situações objetivamente iguais, ou igualmente situações objetivamente desiguais, sem que haja uma razão que justifique a diferença ou a identidade de tratamento. Deve haver uma igualdade proporcional.⁴²⁴

É neste contexto que se deve compreender o Direito do Trabalho, quando confere tratamento diferenciado ao empregado, em função da desigualdade econômica, social e cultural que o separa do outro polo na relação de emprego. Assim, por exemplo, no ramo processual do trabalho, encontram-se regras protetivas, podendo-se citar, sem intuito de esgotar a temática,

o impulso oficial do magistrado trabalhista nos feitos de alçada e na fase de execução, os maiores poderes de direção processual a ele outorgados pelo artigo 765 da CLT, a aplicação do princípio *in dubio pro operario* para a interpretação das normas processuais do trabalho [...], a inversão do ônus natural da prova diante da maior aptidão de uma das partes à sua produção.⁴²⁵

⁴²³ No caso, o preâmbulo exalta os valores da igualdade e da justiça como “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O *caput* do art. 5º, por sua vez, dispõe que: “todos são iguais perante a lei [...]”. Como exemplo de outros dispositivos que cuidam do referido princípio, cite-se, ainda, o art. 3º, III, que enumera como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, ou, ainda, o inciso XLI do art. 5º que estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, entre outros (Cf. PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos processuais ..., p. 174-175).

⁴²⁴ MENEZES, Cláudio Armando Couce de et al. As garantias dos direitos sociais e laborais e as dimensões de sua efetividade: direito ao trabalho e à não discriminação. Medidas judiciais e pretensões cabíveis. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p. 73-94, jul./dez. 2009. p. 77.

⁴²⁵ PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos processuais ..., p. 190.

Contudo, o que se verifica “é que todos estes mecanismos processuais, embora inegavelmente úteis, infelizmente têm-se revelado insuficientes, na prática, para assegurar a efetividade do processo trabalhista como instrumento de realização do direito material do trabalho”⁴²⁶, pois, no Brasil, constata-se que estas normas do direito material do trabalho têm “um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de seus comandos normativos, muito menor do que qualquer ordenamento jurídico admite como tolerável”⁴²⁷.

Ora, não é difícil compreender que todo e qualquer sistema jurídico somente será operacional e funcional se as normas jurídicas que o integram forem, em sua grande maioria, espontaneamente observadas por seus destinatários.⁴²⁸

Nesse sentido é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, quando afirma:

O ordenamento será efetivo quando, vigente a lei, seja ela espontaneamente acatada pelo destinatário, por encontrar correspondência na realidade social; ou quando a atuação se der coercitivamente, mediante a adoção de medidas que substituam a atuação espontânea. Todos os fatos juridicamente relevantes devem ocorrer em conformidade com a vontade geral e abstrata do legislador, de forma natural ou coercitiva.⁴²⁹

Como bem salienta o i. professor Antônio Álvares da Silva, se as normas não são cumpridas e se o Estado, que prometera a prestação jurisdicional, não as faz cumprir, há um colapso da incidência do ordenamento jurídico.

E quando

a incidência não se opera, mutilam-se a vigência e a eficácia. A lei se transforma num ente inoperante que, embora existente e reconhecido para reger o fato controvertido, nele não incide em virtude da omissão estatal. Cria-se na sociedade a ‘síndrome da obrigação não cumprida’, revertendo-se a valoração das normas de conduta: quem se beneficia das leis é o que as descumpre e não o titular do direito.⁴³⁰

Prossegue o renomado autor, afirmando que

não pagar, não prestar, não cumprir passam a ser regras imperantes na sociedade, subvertendo-se as expectativas de conduta que, acobertadas pela demora da prestação judicial, instituem a mentalidade negativa de que agir ao contrário da obrigação prometida é muito melhor do que cumpri-la.⁴³¹

⁴²⁶ PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos processuais ..., p. 190.

⁴²⁷ PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência ..., p. 340.

⁴²⁸ Cf. PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência ..., p. 340, nota 560.

⁴²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** ..., p. 20.

⁴³⁰ SILVA, Antônio Álvares da. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da justiça do trabalho no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 256-257.

⁴³¹ SILVA, Antônio Álvares da. A desjuridicização ..., p. 258.

É inegável que esta falta de efetividade do direito material exposto a reiterado descumprimento no plano das relações trabalhistas vai se refletir na movimentação processual perante o Poder Judiciário.

A parte que se sentir lesada tem dois caminhos a trilhar: ou se conformar, pura e simplesmente, com o desrespeito aos seus direitos, ou recorrer ao Judiciário em busca da tutela jurisdicional a todos assegurada em sede constitucional, porque é vedada a autotutela.

E assim ocorre com frequência: tanto existem aqueles que, mesmo lesados, sequer levam suas causas à Justiça - e aqui engrossam o contingente de demandas reprimidas⁴³² -, quanto existem aqueles que vão recorrer individualmente ao Judiciário, elevando de forma significativa o número de processos a ser apreciado, diariamente, pelos juízes do trabalho.

De fato, do total de descumprimentos perpetrados, apenas uma parcela vai desaguar em reclamações trabalhistas, mas, ainda assim, o número de ações que são efetivamente ajuizadas já configura um elevado volume processual a ser solucionado, de modo que esta equação estimula a continuação dos descumprimentos, alijando o quadro protetivo e banalizando a interferência jurisdicional.⁴³³

Como bem anota o e. Ministro José Roberto Freire Pimenta:

quanto mais efetiva a máquina jurisdicional, menos ela vai ter que atuar concretamente, no futuro ou a médio prazo. Simetricamente, quanto mais os destinatários das normas jurídicas souberem que só lhes resta cumprir a lei, por absoluta falta de melhor alternativa, menos será necessário o acionamento da máquina jurisdicional e maiores eficácia e efetividade terão as normas jurídicas materiais.⁴³⁴

Esta última situação apontada - em que a legislação material trabalhista goza de maior efetividade e eficácia -, contudo, ainda não é a atual realidade jurisdicional brasileira, onde o excessivo número de reclamações trabalhistas anualmente ajuizadas acarreta o estrangulamento da Justiça do Trabalho em todos os seus graus de jurisdição, trazendo como consequência uma Justiça lenta e de baixa qualidade.⁴³⁵

Ora, é natural perceber que a ineficácia da jurisdição favorece os mais fortes, não os

⁴³² Também denominadas de *litigiosidade contida*. Esta expressão é atribuída a: WATANABE, Kazuo. **Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas** *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória** ..., p. 134, nota nº 57.

⁴³³ Cf. FAVA, Marcos Neves. **Ação civil pública** ..., p. 61.

⁴³⁴ PIMENTA, José Roberto Freire. **Tutelas de urgência** ..., p. 342.

⁴³⁵ Cf. PIMENTA, José Roberto Freire. **Tutelas de urgência** ..., p. 338-339.

que têm razão, perpetuando, assim, as desigualdades existentes no campo da realidade.⁴³⁶

E, uma vez que já tenha sido salientada a enorme disparidade que existe entre os polos da relação de trabalho subordinado, é fácil concluir que este quadro negativo acima descrito favorece apenas os empregadores.

Sabe-se que empresas razoavelmente organizadas fazem uma análise global da relação custo-benefício e sabem, de antemão, quando lhes convém, ou não, cumprir a lei trabalhista. Embora isto pareça insustentável do ponto de vista jurídico, se avaliado sob a ótica estritamente empresarial, que é movida, essencialmente, por considerações de cunho econômico e administrativo, é até natural. E, na realidade, a dita avaliação custo-benefício não é feita somente em países como o nosso. Entretanto, a grande diferença é que, nos países mais desenvolvidos, adotar o cumprimento da legislação trabalhista como regra habitual de conduta se torna mais vantajoso para os empregadores do que descumpri-la.⁴³⁷

Como bem sintetiza José Roberto Freire Pimenta:

A causa fundamental dessa situação, obviamente, é a impunidade, absoluta ou relativa, de que gozam as empresas e os empresários de nosso país - é quase sempre mais vantajoso descumprir a lei trabalhista do que cumpri-la espontaneamente, ao mesmo tempo em que é também vantajoso aguardar que os trabalhadores lesados (na verdade, apenas parte deles) recorram ao Judiciário trabalhista para eventuais transações (sempre mais vantajosas, para o devedor, que o total cumprimento das normas trabalhistas) ou para condenações quase sempre tardiamente executadas.⁴³⁸

Forma-se um círculo vicioso, porque, se existe acúmulo de processos, a justiça se torna lenta. Isto significa que, além da demora fisiológica, necessária ao desenvolvimento de qualquer atividade jurisdicional, haverá também a demora patológica, que configura a duração anormal e excessiva do procedimento. Por outro lado, “a atuação tardia da sanção, decorrente da demora no julgamento da demanda, [*também*] constitui estímulo ao descumprimento da norma”⁴³⁹.

Na realidade, portanto, observa-se que este quadro negativo de reiterado descumprimento da legislação trabalhista configura

⁴³⁶ Cf. PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos processuais ..., p. 170.

⁴³⁷ Cf. PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência ..., p. 341. No contexto do que foi afirmado, Maurício Godinho Delgado fornece-nos dados estatísticos assustadores: na Alemanha e na França, 80% da população economicamente ativa insere-se no mercado laborativo capitalista com as proteções inerentes ao Direito do Trabalho; no Brasil, tem-se quase o mesmo percentual, contudo, na situação oposta - são, em média, 60-70% os excluídos do Direito do Trabalho (DELGADO, Maurício Godinho. Direito do trabalho e inclusão social - o desafio brasileiro. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, n. 10, p. 1159-1169, out. 2006.).

⁴³⁸ PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos processuais ..., p. 191.

⁴³⁹ MALLETT, Estêvão. **Antecipação de tutela** ..., p. 20.

a existência de duas ofensas constitucionais, paralelas e que se interpenetram: em primeiro lugar, no campo do direito material, uma grave e direta violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, pelo flagrante desrespeito a seus *direitos sociais constitucionalmente assegurados*; ao mesmo tempo, na esfera do direito processual, uma não menos grave afronta ao *princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional*, assegurado a todos os jurisdicionados em contrapartida à genérica proibição estatal de autotutela.⁴⁴⁰

Interessa-nos discorrer, com mais vagar, sobre a segunda afronta apontada acima, qual seja, a de cunho processual, que diz respeito ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

Afinal,

a própria existência do direito subjetivo material depende da existência de normas processuais e de um aparato jurisdicional capazes de assegurar sua plena, oportuna e específica fruição por seus titulares, mesmo e especialmente nos casos de não cumprimento espontâneo da norma que o instituiu pelo sujeito que essa mesma norma incumbiu de reconhecê-lo ou de prestá-lo.⁴⁴¹

Pretende-se abordar, a partir de agora, a técnica da estabilização que foi estudada nos capítulos 4 e 5 como um desses mecanismos processuais capazes de colaborar para a proteção real e concreta dos interesses tutelados no plano substancial.

6.2 As tutelas de urgência no processo do trabalho e a estabilização das decisões sumárias

No capítulo 3 desta dissertação, destacou-se que o processo padrão de conhecimento caracteriza-se pela predeterminação legal das formas, dos prazos e dos poderes, deveres e faculdades das partes e do juiz; caracteriza-se, ainda, pelo desenvolvimento antecipado do contraditório, através da atividade de cognição plena e exauriente desenvolvida pelo julgador. Por fim, em face dessas características anteriores, é que se atribui às decisões do processo padrão a autoridade de coisa julgada, nos seus aspectos formal e material.

Naquela ocasião, já se apontou para o fato de que um processo assim demanda tempo

⁴⁴⁰ PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência ..., p. 345.

⁴⁴¹ PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência ..., p. 344, nota 565. Nesta mesma nota o autor ainda destaca que, nos países do *common law*, o brocardo *no remedies, no rights* revela exatamente esta constatação: de que não se pode verdadeiramente falar em direitos materiais se não existem mecanismos processuais (remédios) capazes de assegurá-los contra lesões ou ameaças de lesão.

em seu desenvolvimento, não lhe sendo possível oferecer solução às controvérsias de forma instantânea e imediata.

Contudo, sabe-se que nem todas as situações, direitos e interesses em litígio podem aguardar esse tempo necessário ao desenvolvimento processual.

Neste contexto, vêm-se introduzindo técnicas de sumarização dos processos, com destaque para aquelas que visam à redução do tempo necessário à atividade cognitiva do juiz, tal como ocorre nas tutelas de urgência.⁴⁴²

Ganha relevo, pois, o princípio da celeridade na prestação jurisdicional, no intuito de impedir que a demora processual sujeite a riscos ou danos tanto o processo quanto o direito material em si.

E embora a celeridade seja princípio elementar a todos os tipos de processo, fato é que, no processo do trabalho, é ela ainda mais essencial, uma vez que

o crédito trabalhista tem natureza alimentar para o trabalhador e para sua família, sobretudo porque, em virtude da ausência de verdadeira proteção à relação de emprego no Brasil⁴⁴³, o obreiro, quando recorre à Justiça, invariavelmente já perdeu seu emprego, e, assim, encontra-se despojado da sua fonte de subsistência. E essa necessidade premente o impele, por vezes, à celebração de acordos desfavoráveis, para antecipar o recebimento de pelo menos parte dos seus direitos. Não é raro que os empregadores utilizem expedientes os mais diversos para procrastinar o andamento processual, uma vez que é mais rentável investir o dinheiro durante esse lapso temporal e pagar somente ao final, mesmo com acréscimo de juros.⁴⁴⁴

Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich ressalta que, na jurisdição trabalhista, a desigualdade entre o empregador e o trabalhador e a urgência deste último em receber suas prestações de caráter alimentar tornam de extrema importância a existência de instrumentos que permitam o reequilíbrio das forças no processo e o exercício da polícia processual, com a possibilidade de provisão imediata para situações de urgência. E conclui que

a jurisdição trabalhista destituída de tais poderes é, na verdade, não a mão que socorre o trabalhador aflito, mas aquela que ainda outros suplícios mais lhe impõe, submetendo-o ao desassossego da longa espera por uma declaração de direito que,

⁴⁴² Frise-se, em consonância com o que já foi exposto no capítulo 3, que, aqui, o termo *urgência* é usado em seu sentido amplo, para abranger não apenas situações de dano, mas qualquer situação que cause risco, comprometimento ou embaraço à efetividade da função jurisdicional. Ele engloba o risco ao direito pela sua não-fruição imediata, o risco à execução pelo comprometimento de suas bases materiais, assim como o risco à regular prestação da tutela jurisdicional pela indevida oposição de embaraços processuais pelas partes. Assim, abrange as medidas de caráter conservativo, tanto quanto aquelas de cunho antecipatório-satisfativo e, ainda, a tutela de evidência.

⁴⁴³ Vide art. 7º, I, da CF/88 c/c art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que ainda não foram objeto da lei complementar prevista nesses preceitos constitucionais.

⁴⁴⁴ PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial ..., p. 104-105.

quando vier, já não mais servirá às urgências que ele, de outra maneira, certamente, haverá de ter satisfeito para continuar vivendo.⁴⁴⁵

Destaca-se, ainda, o fato

de que o empregador dispõe de mais recursos para custear seu assessoramento jurídico, tem maior facilidade na produção da prova (sobretudo a testemunhal, em geral produzida por empregados que ainda são seus subordinados) e melhor condição econômica de suportar a duração do processo e as despesas dele advindas.⁴⁴⁶

Aliás, como bem ressalta Luiz Felipe Bruno Lobo, o réu que não tem razão nada tem a perder que seja legitimamente seu; se o direito não lhe pertence, significa que ele está lesando o patrimônio e o direito de outrem (no caso, o autor-empregado). O réu, na maioria das vezes, já age conscientemente considerando o fator *tempo* na duração processual, isto é, a demora fisiológica ou patológica, e assume um risco calculado.⁴⁴⁷

Tem-se, assim, que as tutelas de urgência abordadas no capítulo 3 assumem posição de grande relevo e importância prática na seara juslaboral.

O fato de ser omissa a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em relação a tais medidas de urgência, não impede - ao contrário, autoriza - a aplicação subsidiária dos artigos do CPC que cuidam das cautelares e da antecipação de tutela, assim como também do art. 461, que cuida dos meios de efetivação e execução de tais medidas, exatamente porque se compatibilizam com a principiologia inerente ao processo do trabalho.⁴⁴⁸

Têm elas não apenas o escopo preventivo e protetivo relacionados ao processo ou ao direito material em si, como também desempenham importante função de reduzir o tempo necessário ao recebimento do crédito de natureza alimentar por parte do trabalhador e, ainda, atuam como instrumento de redução da desigualdade fática existente entre empregado e empregador.

Portanto, hoje em dia, o juiz do trabalho já tem em mãos importantes técnicas e mecanismos processuais para fazer atuar o direito material de forma mais incisiva e efetiva

⁴⁴⁵ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. **A tutela** ..., p. 173.

⁴⁴⁶ PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial ..., p. 103.

⁴⁴⁷ Cf. LOBO, Luiz Felipe Bruno. **A antecipação dos efeitos da tutela de conhecimento no direito processual civil e do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 37-38.

⁴⁴⁸ O art. 769 da CLT dispõe que: “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”. Conforme se registrou na nota nº 211, discorre sobre o tema: MALLETT, Estêvão. **Antecipação de tutela** ..., p. 26-28.

em prol daquele que é a razão de ser da existência de tais regras protetivas - o trabalhador, hipossuficiente na relação de emprego.

Discorrendo a respeito da aplicação subsidiária de tais preceitos ao processo do trabalho, com especial relevo para os arts. 273 e 461 do CPC, já que cuidam de medidas de cunho antecipatório-satisfativo a serem efetivadas de imediato, José Roberto Freire Pimenta salienta que

toda vez que o autor puder demonstrar, em sede de cognição sumária, que é plausivelmente o titular de um direito a uma prestação de dar ou de fazer ou não fazer que tenha fundamento relevante e esteja sujeito a *periculum in mora* capaz de tornar ineficaz a tutela específica definitiva que lhe poderá ser dada pelo provimento final pleiteado (ou, alternativamente, que seja *evidente*, no sentido de que se mostre *incontroversa*), fará ele jus à antecipação dessa tutela, em decisão liminar ou de qualquer outro modo interlocutória, de natureza não apenas condenatória mas sim preponderantemente *mandamental*⁴⁴⁹, que deverá ser cumprida *imediatamente* pelo empregador dela destinatário sob a cominação de severas sanções pecuniárias (medidas coercitivas patrimoniais) ou penais [...], ou ainda, já agora por meio de inovadores meios sub-rogatórios, de intervenção judicial (parcial ou total) na direção de sua empresa [...].⁴⁵⁰

Cabe-nos perquirir, pois, quais as possíveis modificações ensejadas na aplicação das tutelas de urgência no processo do trabalho pela eventual aprovação da proposta de estabilização das decisões sumárias nos termos do projeto do novo CPC, que atualmente se encontra em tramitação no Congresso Nacional.

Conforme se viu, no capítulo 5, o Projeto de Lei nº 166/10, em seus artigos 280 a 285,

⁴⁴⁹ Depois que o legislador brasileiro introduziu, no art. 461, §§4º e 5º, do CPC, os meios de efetivação da tutela específica, para obtenção, sempre que possível, do resultado prático equivalente àquele pretendido pelo vencedor da ação, parece ter sido reacesa, em doutrina, a discussão sobre a classificação trinária ou quinária das sentenças. Na classificação tradicional, apontam-se três tipos: sentenças com carga predominantemente declaratória, sentenças constitutivas e sentenças condenatórias. Já na classificação quinária, atribuída a Pontes de Miranda, vislumbram-se, ainda, mais duas espécies de sentença: as mandamentais e as executivas *lato sensu*. Contudo, entendemos, conforme os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque que “não obstante a excelência dos argumentos e a notória autoridade de seus defensores, a classificação quinária, além de não contribuir para o aperfeiçoamento científico do direito processual, também do ponto de vista prático não apresenta grande utilidade. Ao contrário, é teoricamente criticável, visto que fundada em critérios heterogêneos. A aplicação dos conceitos concebidos abstratamente acaba gerando dificuldades práticas desnecessárias”. E prossegue o insigne autor: “a partir da situação de direito material posta em juízo, não há diferença ontológica entre condenar, possibilitando o uso de meios de sub-rogação, e ordenar o adimplemento, com ou sem o uso de meios de coerção. Da mesma forma, não deixa de ser condenatória a sentença apenas porque os atos materiais destinados a efetivá-la integram uma fase do mesmo processo”. Depois, conclui ele que “as denominadas ‘sentenças executivas’ ou ‘mandamentais’ representam mera variação da forma como serão praticados os atos destinados à realização concreta do conteúdo do ato cognitivo: no mesmo processo ou mediante medidas de coerção. Mas em nenhum caso essa atividade torna-se desnecessária pela simples modificação da técnica destinada a atuar praticamente a sentença” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 519-520, 533). Para aprofundamento na matéria, recomenda-se também a leitura da obra de Marcelo Lima Guerra intitulada *Execução indireta*.

⁴⁵⁰ PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência ..., p. 380-381.

apresenta proposta de estabilização que pode ser assim resumida: o autor da ação formula seu pedido, solicitando providência de urgência, seja de forma incidental, no curso de uma causa já em andamento, seja de maneira preparatória, antecedendo a um futuro processo principal de mérito.

Uma vez que a medida lide tenha sido liminarmente concedida e efetivada na sua integralidade, se o requerido, após ter sido regularmente citado, não a impugnar, o juiz extinguirá o feito, e a medida conservará sua eficácia, sendo, ao contrário do que hoje estabelece o CPC em vigor, desnecessária a formulação do pedido principal pela parte dela beneficiária, seja na mesma ação seja em ação subsequente.

Portanto, acompanhando os ordenamentos estrangeiros de França e Itália, previamente estudados, também na proposta brasileira, o nexo de instrumentalidade se tornaria meramente eventual, isto é, não mais existiria a obrigação de instaurar ou de se prosseguir com o processo principal de mérito, quando o requerido quedar-se inerte.

Ainda, conforme expressamente consignado nos artigos 283 e 284 do referido projeto, a decisão que conceder a tutela de urgência, em caso de inércia do requerido, será apta a produzir seus efeitos por tempo indeterminado, desde que não seja revogada por ulterior decisão de mérito. Trata-se de estabilização da decisão sumária, sem força de coisa julgada, resguardando-se a quaisquer das partes a possibilidade de rediscutir a matéria em ulterior processo de mérito, com cognição plena e exauriente.

O primeiro aspecto positivo que se poderia destacar, a respeito da aplicação da estabilização da tutela sumária no processo do trabalho, seria o fato de ela atuar como mecanismo de aperfeiçoamento da função que já se espera do instituto da antecipação de tutela em si, ou seja, a estabilização viria também como forma de distribuir racionalmente o tempo do litígio, não deixando que ele recaísse unicamente sobre uma das partes (em geral, o autor-empregado).

Permitiria ela que o trabalhador demandante obtivesse rapidamente aquilo que lide é devido, ou seja, daria concretização ao princípio da celeridade e da pacificação social, evitando que a Justiça perdesse tempo ou recursos materiais e humanos com o obrigatório desenvolvimento posterior da fase de cognição plena e exauriente num longo processo em que a resistência do réu seria fadada ao insucesso.

Ora, o emprego do processo de cognição plena e exauriente deveria ficar reservado aos casos em que se está diante de uma contestação séria, isto é, de uma verdadeira controvérsia

entre as partes, o que somente sói ocorrer em causas mais complexas.

Do contrário, o uso obrigatório do procedimento padrão na esfera trabalhista, como hoje ocorre, estaria, na verdade, estimulando o comportamento meramente protelatório do réu e contribuindo para a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário - os juízes estariam obrigatoriamente empenhando seu tempo em ações mais *simples*, ao invés de se dedicar àquelas verdadeiramente complexas. Assim, a estabilização viria como um instrumento de nítido objetivo deflacionário e de economia processual, e, nesse contexto, representaria importante contribuição para a qualidade das decisões, pois permitiria que os juízes dedicassem mais tempo aos casos que realmente exigem sua atuação.

A estabilização pode ser vista, ainda, sob uma ótica moralizadora. Ela visa obstar que o empregador lucre com a demora processual ou que use o *tempo* como fator de pressão sobre o empregado. Assim, tem o nítido intuito de evitar os abusos do direito de defesa.

A propósito, oportunas as palavras de Estevão Mallet, quando afirma que “não há melhor pena, para quem quer ganhar tempo, do que se abreviar o procedimento necessário à prolação da decisão”⁴⁵¹.

É fácil perceber que, se o réu traz alegações infundadas e abusa do seu direito de defesa, provoca maliciosamente o prolongamento desnecessário do feito, podendo isso se refletir no autor de modo a causar-lhe um estado de ansiedade e desespero tal que o leve a realizar acordos convenientes apenas para o demandado.

Assim, no processo do trabalho, a estabilização viria como mecanismo para atuar diretamente na raiz do problema, e não nos seus sintomas: o objetivo é atingir, diretamente, o empregador que cria obstáculos ao pagamento.

Aliás, na França, foi, em primeiro lugar, buscando evitar tais artifícios que se consagrou o instituto do *référé provision* para os casos de acidente automobilístico em que, em princípio, configuravam-se situações de litígio relativamente simples, mas que se prolongavam apenas porque o responsável pelo sinistro ou a seguradora relutavam e resistiam o mais possível, em juízo, em pagar o valor devido à vítima.

Roger Perrot, discorrendo exatamente sobre a aplicação do *référé provision* na França, traz anotações que se aplicam ao processo do trabalho, em especial à figura do empregador que se recusa a cumprir suas obrigações. Ele afirma que a decisão sumária apta à estabilização

⁴⁵¹ MALLET, Estevão. **Antecipação de tutela** ..., p. 50.

“é tal que obsta validamente as manobras dilatórias de um devedor pouco escrupuloso que deseje usar todos os meios procedimentais disponíveis para atrasar o dia da condenação”⁴⁵².

Diga-se, por fim, que a estabilização viria produzir, ainda, um efeito dissuasivo sobre o demandado. A parte sucumbente, que está sofrendo os efeitos da medida de urgência, somente deverá requerer o prosseguimento do feito, para discutir a fundo o mérito, não porque isto seja obrigatório, mas sim, somente se tiver a certeza da existência de elementos suficientes para que, em sede de cognição plena e exauriente, seja proferida nova decisão em seu favor, isto é, para reverter o quadro delineado pela anterior decisão, proferida em sede de cognição sumária.

Nesse contexto, não se pode deixar de registrar que o sucesso da estabilização das decisões sumárias depende, e muito, do grau de aceitação (resignação) das partes com tais pronunciamentos jurisdicionais.

Conforme se viu no capítulo 4, quando se discorreu a respeito do *référé* na França, lá se tem observado que existe um elevado grau de resignação das partes⁴⁵³, que aceitam e cumprem a decisão sumária, sem dar origem ao juízo de mérito propriamente dito.

Assim, pode-se dizer que a proposta de estabilização das decisões sumárias, da maneira em que se encontra no Projeto de Lei nº 166/10, criaria um novo e mais efetivo modelo de processo de conhecimento.

A partir da aprovação de tal proposta, passarão a coexistir, no ordenamento processual brasileiro, dois modelos de processo de conhecimento: (a) o padrão, baseado na tipicidade das formas, com rígido sistema de preclusões e desenvolvimento pleno da atividade instrutória e cognitiva, com vistas à formação de coisa julgada; (b) o sumário, baseado em juízo de mera verossimilhança e apto à estabilização das decisões liminares ou finais nele proferidas, sem força de coisa julgada.

É importante destacar que este novo modelo sumário se amolda aos princípios informadores do direito material e processual do trabalho, em especial se considerarmos os três aspectos descritos a seguir:

- o primeiro deles leva em conta o fato de a estabilização da tutela sumária colocar em

⁴⁵² PERROT, Roger. *Il nuovo ...*, p. 250, tradução nossa de: “*ma questa soluzione è tale da ostacolare validamente le manovre dilatorie di un debitore poco scrupoloso che voglia usare tutti i mezzi della procedura per differire il giorno della condanna*”.

⁴⁵³ 80% das decisões no *référé provision* se estabilizam, ou seja, a cada cinco situações, quatro não dão origem ao correspondente juízo de mérito (vide JOMMI, Alessandro. **Il référé provision** ..., p. 125, nota nº 39).

prática, com ênfase especial, a celeridade, a simplicidade e a informalidade.⁴⁵⁴ São princípios que perpassam outros ramos do direito processual, mas que, na seara trabalhista, tornam-se ainda mais significativos, em vista da disparidade existente entre empregado e empregador e da natureza alimentar dos créditos do trabalhador, conforme já se afirmou alhures. Assim, se se trata de mais um mecanismo processual com vistas à potencialização de tais princípios, deve ser recebido com aplausos pelo processo do trabalho;

- o segundo aspecto a ser considerado diz respeito aos poderes do juiz. É que, conforme se defendeu no capítulo precedente, na estabilização da tutela sumária, o julgador deve assumir postura mais ativa. No caso específico dos juízes trabalhistas, pode-se dizer até que eles estariam em posição de vantagem para aplicar o referido mecanismo, pois, conforme se viu no estudo do sistema do *référé*, na França, exige-se que o magistrado seja dotado de suficiente experiência e autoridade para tomar rapidamente uma decisão que possa envolver questões delicadas. O juiz do trabalho acompanha de perto a realidade das relações de trabalho, em especial da relação de emprego, gozando de grande especialização na matéria. Ademais, no processo do trabalho já existe maior tendência a se aceitar o princípio inquisitivo, admitindo-se que maiores poderes sejam conferidos ao juiz para atuar em algumas situações. Na França, viu-se que os poderes conferidos ao julgador funcionam como um importante ponto de equilíbrio para o sucesso do sistema do *référé*. Lá, se o juiz não se convence, de imediato, da plausibilidade do direito do autor ou da falta de seriedade da contestação, ele pode converter o rito sumário em rito de cognição plena e exauriente; pode, ainda, diante de cada caso concreto, avaliando a urgência e os valores em jogo, restaurar o nexo de instrumentalidade, fixando prazo para a parte ajuizar o feito principal de mérito. Essa postura mais ativa do julgador, com o objetivo de equilibrar e temperar a aplicação da técnica da estabilização, poderia ser mais facilmente aceita na seara trabalhista, pelo elevado grau de especialização dos juízes do trabalho e pelos poderes na condução do processo que o art. 765 da CLT⁴⁵⁵ já lhes confere;
- por fim, ganha relevo o fato de o mecanismo da estabilização se preocupar com a

⁴⁵⁴ Carlos Henrique Bezerra Leite discorre sobre os princípios gerais do direito processual e destaca os princípios peculiares do direito processual do trabalho em sua obra: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 50-82.

⁴⁵⁵ O art. 765 da CLT dispõe que: “os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

produção imediata e duradoura de efeitos práticos das decisões proferidas sumariamente, visando à composição imediata do conflito, privilegiando a efetividade da tutela jurisdicional, ainda que se trate de decisão baseada em juízo de verossimilhança e desvinculada dos efeitos da coisa julgada. O objetivo primordial da referida técnica de estabilização diz respeito aos *resultados* práticos do processo, o que, em sede trabalhista, frise-se uma vez mais, tem extrema relevância em face da natureza alimentar dos créditos discutidos pelo trabalhador bem como da simplificação na tramitação dos feitos trabalhistas daí resultante.

Ao que tudo indica, a coexistência dos dois modelos de processo de conhecimento poderá levar o procedimento padrão de cognição plena e exauriente a ocupar uma posição meramente residual.

Em verdade, é necessário que ele continue a existir até mesmo como válvula de segurança, à qual as partes, insatisfeitas com as decisões proferidas em sede de tutela sumária e de urgência, sempre poderão recorrer para rediscutir a matéria. Mas acima disso, ele também subsistiria para os casos mais complexos, que exigem maior aprofundamento, com a consequente dilação probatória.

O ideal seria, portanto, que se pudessem reservar os procedimentos sumários aptos à estabilização apenas para as causas menos complexas, em que o juiz possa, de plano, verificar a plausibilidade do direito, o que, entretanto, dependerá exclusivamente da disposição de ambos os litigantes de se conformarem com o resultado neles produzido, como já se salientou anteriormente.

E, assim, estariam sendo concretizados os objetivos anteriormente mencionados, a respeito da economia e deflação processuais. Os juízes poderiam aproveitar o tempo de maneira mais eficaz e produtiva nas causas mais complexas.

Tudo isso, sem perder de vista a importante lição que nos apresenta Ada Pellegrini Grinover, no sentido de que “a tutela sumária jamais poderá substituir completamente o procedimento ordinário, mais seguro e adequado aos casos mais complexos, nem poderá a simplificação e aceleração do procedimento ordinário dispensar completamente a tutela sumária”⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 121, p. 11-37, mar. 2005. p. 28.

6.3 Casuística

Depois de destacar, em linhas gerais, os aspectos positivos que poderiam advir da aplicação da estabilização da tutela sumária no processo do trabalho, é oportuno passar ao exame de algumas situações práticas, na esfera trabalhista, como forma de melhor compreender o mecanismo.

Os primeiros exemplos que logo vêm à mente são os casos de garantia de emprego e de transferência do empregado, exatamente por terem sido estas duas situações as primeiras nas quais o legislador trabalhista admitiu a possibilidade de se anteciparem os efeitos da tutela de mérito, conforme se infere do art. 659, incisos IX e X, da CLT⁴⁵⁷.

Assim, quando um empregado ajuizar uma reclamação trabalhista, alegando ter sofrido transferência abusiva, segundo os critérios do art. 469 da CLT⁴⁵⁸, poderá se delinear o seguinte cenário: se ele lograr demonstrar, de plano, a plausibilidade de seu direito e se o empregador, regularmente citado, quedar-se inerte, a decisão judicial que conceder ao trabalhador a medida de urgência, determinando o seu retorno à localidade anterior, será apta a produzir seus efeitos por tempo indeterminado.

Ter-se-á garantido, assim, que o empregado continue exercendo suas atividades no mesmo local anterior, tornando sem efeito a transferência sumariamente considerada ilícita, e permitindo a continuidade do vínculo de emprego, por meio de uma solução rápida que possibilitará a pacificação da controvérsia.

De igual forma, poderíamos citar o exemplo de empregados portadores de alguma garantia de emprego (gestante, cipeiro, dirigente sindical etc). Se um destes trabalhadores ajuizar ação perante a Justiça do Trabalho e lograr demonstrar que foi alvo de dispensa arbitrária sem observância de tal garantia, a decisão judicial determinará sua imediata reintegração, fazendo com que o empregado volte a trabalhar e, caso o empregador com isso

⁴⁵⁷ O art. 659 da CLT dispõe que: “Competem privativamente aos Presidentes das Juntas, além das que lhes forem conferidas neste Título e das decorrentes de seu cargo, as seguintes atribuições: [...] IX - conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do artigo 469 desta Consolidação; X - conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador”.

⁴⁵⁸ O art. 469 da CLT dispõe que: “Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio”.

se resigne, cumprindo a liminar e, depois, ficando inerte, estará a referida decisão apta a estabilizar-se.

Imaginemos, ainda, a situação em que o empregador cancele, injustificadamente, o plano de saúde de seus empregados. Um deles ajuíza ação e logra demonstrar sua necessidade e a urgência no restabelecimento do plano. A decisão sumária acolhe a pretensão, obrigando liminarmente o empregador a restabelecê-lo. Se o demandado aceita os efeitos da medida, sem contestá-la, a decisão seguirá produzindo seus efeitos, por prazo indeterminado, embora sem força de coisa julgada.

Cite-se, ainda, a hipótese em que um exame médico aponte a necessidade de remanejar o empregado de função (por exemplo, quando ele retorna de uma licença médica ou quando cessa o benefício previdenciário por acidente do trabalho ou doença ocupacional com limitação em sua capacidade de trabalho). O empregado demonstra a plausibilidade do seu direito, de forma que a decisão sumária obriga o empregador a remanejá-lo imediatamente; se o empregador não mais discutir a questão, permitirá que a decisão e os seus efeitos se estabilizem.

Outro exemplo de aplicação prática da técnica da estabilização poderia se dar, ainda, nos casos em que a fiscalização trabalhista constate que a empresa exige serviços acima do peso legalmente permitido (art. 198 da CLT⁴⁵⁹). A decisão proferida em sede de cognição sumária determina que a empresa cesse essa prática, devendo limitar-se a exigir serviços com peso dentro dos limites legais; se o empregador ficar inerte, a referida decisão poderá se estabilizar.

Por fim, pensemos na hipótese de uma empresa que possui quadro de pessoal organizado em carreira, com previsão de critérios objetivos para a promoção de seus empregados. Um deles ajuíza reclamação e demonstra que preencheu todos os critérios, mas, ainda assim, não foi promovido. Em sede de tutela de urgência, a decisão determina que o empregador cumpra a sua obrigação, isto é, proceda de imediato à promoção do empregado. Novamente, se o empregador cumprir a determinação judicial e depois quedar-se inerte, tratar-se-á de decisão apta à estabilização.

Os exemplos citados não têm a intenção de esgotar a matéria e servem, na realidade, apenas para facilitar a compreensão de como se daria a aplicação do mecanismo da estabilização na prática.

⁴⁵⁹ O art. 198 da CLT dispõe que: “É de 60 kg (sessenta quilogramas) o peso máximo que um empregado pode remover individualmente, ressalvadas as disposições especiais relativas ao trabalho do menor e da mulher”.

Percebe-se que a casuística aponta, até mesmo, no sentido de que a estabilização poderá ser de grande utilidade ainda na vigência do contrato de trabalho⁴⁶⁰, incidindo de forma mais incisiva sobre os ombros do empregador que, ao contrário do que ocorre hoje, seria levado a cumprir espontaneamente as obrigações trabalhistas que já constam das normas constitucionais ou infraconstitucionais, das normas regulamentares, de Convenções Coletivas de Trabalho (CCT) ou de Acordos Coletivos de Trabalho (ACT) ou, ainda, do regulamento interno da própria empresa.

O objetivo é tornar desvantajoso para os empregadores prosseguirem com a postura generalizada e deliberada de descumprimento de suas obrigações trabalhistas. Seriam eles, portanto, induzidos ao cumprimento espontâneo da obrigação pela simples possibilidade de serem a tanto condenados em um procedimento célere, baseado em cognição sumária e cuja decisão tem o potencial de se tornar a solução final da crise de direito material.

Isto porque,

na medida em que as normas processuais trabalhistas se tornam mais efetivas, produzem elas, por si sós, um efeito não apenas preventivo das ilegalidades, mas também equalizador nas relações de trabalho em geral: se o empregador tem conhecimento de que as lesões trabalhistas individuais e coletivas que eventualmente praticar poderão ser enfrentadas de forma célere e eficaz [...], é inegável que a desigualdade econômica inerente a toda e qualquer relação de trabalho subordinado será, para todos os efeitos práticos, diminuída.⁴⁶¹

Afinal, conforme conclui o i. professor José Roberto Freire Pimenta, o Direito também

tem uma função transformadora da realidade existente: embora reflexo das condições socioeconômicas e das concepções ideológicas e culturais de determinado momento histórico, pode ele, numa permanente tensão dialética, ser também um poderoso instrumento de mudança do *status quo*, em prol de uma sociedade menos desigual e mais justa.⁴⁶²

Na esperança, pois, de ver surgir essa sociedade mais justa é que se empreendeu o estudo sobre as tutelas de urgência e sua evolução em direção à autonomia e à estabilização, no intuito de que os novos mecanismos processuais, quando aplicados, possam também desempenhar essa função transformadora da realidade.

⁴⁶⁰ Embora não se desconheça a menor ocorrência, na prática, de ações ajuizadas no curso do contrato de trabalho, pela ausência da efetiva garantia de emprego prevista no art. 7º, I, da CF/88 c/c art. 10 do ADCT.

⁴⁶¹ PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência ..., p. 390.

⁴⁶² PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência ..., p. 390- 391.

7 CONCLUSÃO

Na presente dissertação discorreu-se sobre o mecanismo da estabilização dos efeitos da tutela sumária, examinando-se sua aplicação na França e na Itália, com o objetivo de contribuir para os estudos que vêm se desenvolvendo no Brasil em torno do tema, tendo em vista que já existe projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional visando à introdução de técnica semelhante em nosso ordenamento jurídico.

Viu-se que o processo ordinário de conhecimento, tal como modernamente concebido, é fruto da concepção liberal do processo, advinda dos séculos XVIII-XIX, e se estrutura na atividade cognitiva desenvolvida pelo julgador de forma plena e exauriente, dando prioridade ao valor *segurança* em detrimento do valor *tempestividade*.

Luiz Guilherme Marinoni aponta que:

A doutrina [*clássica*], ao estabelecer o procedimento ordinário como o procedimento padrão de tutela dos direitos, mostrou-se despreocupada e indiferente em relação às diversas necessidades do direito material e da realidade social. O procedimento ordinário, como é intuitivo, não é adequado à tutela de todas as situações de direito substancial e, portanto, a sua universalização é algo impossível. Aliás, o que hoje se assiste nos sistemas do direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração de superação do procedimento ordinário, tendo a tutela urgente se transformado em técnica de sumarização e, em última análise, em remédio contra a ineficiência deste procedimento.⁴⁶³

E prossegue o i. professor, afirmando que “a proliferação das tutelas sumárias nada mais é do que fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massa que não mais admite a morosidade jurisdicional imposta pela *ordinariedade*”⁴⁶⁴.

Ora, a sociedade vive hoje em ritmo acelerado e agitado. É a era da comunicação instantânea, dos avanços tecnológicos, do encurtamento das distâncias. E tais aspectos se refletem nas relações sociais, jurídicas e econômicas.

O direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensas. E, no *plano processual*, os direitos e pretensões materiais que resultam da

⁴⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória** ..., p. 14.

⁴⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória** ..., p. 14.

incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso.⁴⁶⁵

Conforme salientado no capítulo 2, a busca por essa tutela ajustada às necessidades da sociedade atual configura o que hoje se denomina direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

A partir do momento em que o Estado veda a resolução de conflitos pelas próprias mãos, isto é, proíbe a autotutela, assume ele, em contrapartida, o dever de oferecer proteção aos direitos lesados ou ameaçados. Mas a proteção oferecida em forma de tutela jurisdicional não pode ser uma resposta qualquer do Estado ao pedido formulado pelo cidadão.

De nada adianta assegurar o simples direito de demandar, como mero direito de acesso à justiça. É “necessário que o consumidor do serviço jurisdicional⁴⁶⁶ obtenha a satisfação total de seus interesses legitimamente postulados, pois apenas esse resultado atende à promessa estatal de proteção aos direitos”⁴⁶⁷.

Assim, a resposta que se pretende obter do Estado, em forma de tutela jurisdicional, é aquela que seja apta a atender e realizar o interesse juridicamente protegido, isto é, que seja útil, adequada e eficaz, pois o direito só se realiza verdadeiramente quando o seu titular pode dele usufruir tal como previsto no ordenamento jurídico pelas normas de direito material.⁴⁶⁸

Em outras palavras, a decisão judicial que se busca deve se consubstanciar em proteção conforme as necessidades do direito material, a partir da adoção da técnica processual adequada. Deve ser, também, uma decisão passível de realização plena e concreta, mas, acima de tudo isso, tem que ser uma decisão proferida em tempo útil, que não sujeite as partes a delongas nem provoque o perecimento do direito objeto da pretensão.

É que

os males de corrosão e frustração que o decurso do tempo pode trazer à vida dos direitos constituem ameaça à efetividade da promessa de tutela jurisdicional, contida

⁴⁶⁵ WATANABE, Kazuo. **Da cognição** ..., p. 143.

⁴⁶⁶ É Mauro Cappelletti quem destaca a importância de se avaliar o problema do acesso à justiça sob a ótica do consumidor do direito e da justiça, e não sob a ótica dos “produtores” e do seu produto: o legislador e a lei; o juiz e o pronunciamento judicial; a administração pública e o ato administrativo (CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 309-325). De maneira mais completa, tem-se a célebre obra CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**.

⁴⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** ..., p. 33.

⁴⁶⁸ Cf. SPADONI, Joaquim Felipe. **Fungibilidade das** ..., p. 72-73.

nas Constituições modernas - e ameaça tão grave e tão sentida, que em tempos atuais se vem afirmando que tal garantia só se considera efetiva quando for tempestiva.⁴⁶⁹

E foi por tal motivo que, a partir de meados do século XX, colocou-se em xeque a estrutura tradicional do processo, de modo que foram ganhando espaço as tutelas de urgência.

Viu-se, ao longo do capítulo 3, que elas se caracterizam pelo objetivo de oferecer proteção ao processo ou ao direito material em si, em face do tempo de duração inerente ao desenvolvimento do processo padrão de conhecimento. Atuam sobre a atividade cognitiva do juiz, de modo a limitá-la no plano vertical, isto é, na profundidade das matérias a serem apreciadas. Nesse patamar se encontram as medidas cautelares propriamente ditas, ou seja, aquelas de caráter meramente conservativo, mas também as medidas de cunho satisfativo-antecipatório, como, ainda, a tutela de evidência, que envolve os direitos incontroversos.⁴⁷⁰

Entretanto, tudo indica que o processo necessita passar, uma vez mais, por uma nova fase evolutiva.

Ainda não se conseguiu atingir um modelo que apresente equilíbrio satisfatório entre os princípios da celeridade e da segurança jurídica.

E as mudanças parecem incidir, novamente, sobre as chamadas tutelas de urgência. Persegue-se, ainda, o objetivo de se atingirem decisões justas no menor tempo possível de duração dos processos.

É chegado o momento de o 'tempo do processo' tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual [...]. Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça.⁴⁷¹

A evolução das tutelas de urgência parece apontar, assim, no sentido de que o processo de cognição plena e exauriente se torne apenas residual.

É o que tem ocorrido na França e na Itália. Conforme se registrou no capítulo 4, tais países inseriram, em seus ordenamentos, ao lado do processo padrão de conhecimento, um

⁴⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do ...**, t. II, p. 894.

⁴⁷⁰ Relembre-se, por oportuno, que, em consonância com o que se explanou no capítulo 3 desta dissertação, o termo tutelas de urgência, aqui, é utilizado em seu sentido amplo, para englobar todas as situações de risco, de perigo de dano ou de comprometimento da efetividade da função jurisdicional.

⁴⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória ...**, p. 16-17.

procedimento baseado em cognição sumária, de cunho antecipatório e satisfativo - ou seja, que *antecipa* no tempo a satisfação do direito, possibilitando a sua realização, concreta e objetivamente, no plano das relações humanas -, autônomo em relação ao processo de conhecimento e que desemboca em decisão apta à estabilização.

Trata-se da autonomização processual da cognição sumária em relação ao processo de cognição plena, o que permite que a decisão baseada em cognição sumária seja hábil, por si só, a resolver a crise de direito material, sem que prossiga, necessária e obrigatoriamente, com o processo de cognição plena.⁴⁷²

Conforme visto ao longo desta dissertação, a técnica da estabilização significa permitir que a decisão sumária produza efeitos que se prolonguem no tempo por prazo indeterminado, mas sem força de coisa julgada, desde que as partes não instaurem ou não prossigam com o processo principal de mérito, baseado em cognição plena e exauriente.

Destacou-se, ainda, que, no Brasil, o Projeto de Lei nº 166/10, em tramitação no Congresso Nacional, apresenta proposta com técnica semelhante à estabilização existente nos ordenamentos estrangeiros anteriormente referidos.

Isto porque, a realidade demonstra que “há casos em que não se justifica a cognição plena e exauriente dos fatos constitutivos do direito material afirmado, pois os escopos de atuação da regra e de pacificação podem ser alcançados com menos atividade e menor esforço”⁴⁷³.

O intuito da nova lei é permitir que o juiz profira decisão sumária apta a colocar fim ao conflito, de maneira potencialmente estável, desde que os litigantes se resignem com a solução assim adotada, deixando de ser obrigatório o prosseguimento do feito em que se discute, a fundo, o mérito da lide.

E, conforme se procurou ressaltar ao longo deste trabalho, a adoção da técnica da estabilização das decisões sumárias proferidas em sede de tutelas de urgência poderia trazer enormes vantagens no plano processual, das quais se podem destacar as seguintes:

- a referida técnica viria como forma de aperfeiçoar a função que já se espera do instituto da antecipação de tutela em si. Seria mais um mecanismo com vistas à distribuição racional do tempo do litígio, não deixando que ele recaia unicamente sobre uma das partes (em geral, o autor);

⁴⁷² ANDRADE, Érico. A técnica processual ..., p. 178.

⁴⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 23.

- a estabilização viria, ainda, como forma de potencializar os princípios da celeridade e da pacificação social, pois permitiria que o autor obtivesse rapidamente aquilo que lhe é devido, evitando que a Justiça perdesse tempo ou recursos materiais e humanos com o desenvolvimento obrigatório de um longo processo de conhecimento em que a resistência do réu seria fadada ao insucesso.

Verificou-se, também, que tais escopos de celeridade e pacificação social ganham ainda maior relevo na seara juslaboral.

Ora, o processo do trabalho já é um ramo especializado do Direito que tem em mira a enorme diferença econômica, cultural e social que existe entre as partes integrantes da relação de emprego - o empregado e o empregador.

No seu âmbito, o fator tempo desempenha função primordial, porquanto nas reclamações trabalhistas se lida com o crédito do trabalhador de natureza alimentar, vital à sua sobrevivência e de sua família.

Ora, em nosso país, conforme já foi anteriormente apontado, o empregado e o empregador se apresentam em juízo em condições díspares. Aquele, geralmente, encontra-se desprovido de sua fonte de subsistência e, por isso, vulnerabilizado; este, por dispor de mais recursos e melhores condições econômicas, pode suportar a duração do processo e as despesas daí advindas, de modo que, não raro, se utiliza dos mais diversos meios para protelar maliciosamente o andamento do feito, aumentando o estado de ansiedade e de necessidade do trabalhador que se encontra no outro polo da relação processual, levando-o a celebrar acordos que lhe são desfavoráveis.

Portanto, viu-se que, no âmbito do processo do trabalho, a adoção de semelhante técnica da estabilização das decisões sumárias poderia vir a desempenhar ainda mais importante função. Atuaria também como mecanismo que visa a equalizar a situação entre empregados e empregadores.

Foram salientadas as vantagens que se poderiam vislumbrar, em sede juslaboral, a partir da aprovação da referida alteração legislativa, valendo destacar que:

- a estabilização teria um enorme efeito moralizador. Serviria para obstar que o empregador se escorasse nos tempos de espera inerentes ao processo ordinário ou que usasse o *tempo* como fator de pressão sobre o empregado. Assim, teria nítido intuito de evitar os abusos do direito de defesa;
- a estabilização teria, ainda, um efeito dissuasivo a desempenhar: a parte que sofre os

efeitos da medida somente deverá requerer o prosseguimento do feito se estiver segura da existência de elementos suficientes para obter nova decisão em seu favor no ulterior processo de mérito a ser ajuizado, baseado em cognição plena e exauriente;

- a estabilização poderia ser vista, também, como sinônimo de economia processual, pois significaria a redução da sobrecarga de trabalho para os juízes, que passariam a dispor do tempo de forma mais adequada para se dedicar aos processos mais complexos, podendo-se afirmar que a técnica da estabilização contribuiria, assim, para a qualidade das decisões;
- a estabilização constituiria, portanto, importante mecanismo para atuar diretamente na raiz do problema no processo do trabalho, e não nos seus sintomas: o objetivo, sem dúvida, seria atingir, diretamente, o empregador que cria obstáculos ao pagamento dos créditos de natureza alimentar.

Não se ignora, entretanto, que a adoção da referida técnica de estabilização das decisões sumárias, nos termos da proposta do novo CPC brasileiro, apresenta riscos.

Cândido Rangel Dinamarco destaca que:

Ao estabelecer o desejado modelo do equilíbrio entre a celeridade e a ponderada cognição como virtudes internas do processo, legislador e intérprete hão de estar conscientes do risco que correm ao se afastarem dos critérios de certeza e passarem a confiar na probabilidade suficiente, como metro para as soluções processuais.⁴⁷⁴

José Roberto dos Santos Bedaque também adverte para o fato de que a adoção generalizada da cognição sumária com possibilidade de estabilização dos efeitos da decisão poderia comprometer a qualidade da tutela jurisdicional, na medida em que seriam reduzidas as garantias constitucionais do processo e a cognição do juiz.⁴⁷⁵

Contudo,

a falibilidade é inerente a todo juízo histórico e é por isso que, no processo de conhecimento, a *convicção* que o juiz deve formar sobre a ocorrência dos fatos relevantes, sob pena de tê-los por não ocorridos, é apenas a sua própria ‘medida psicológica da certeza’: ele se convence da supremacia dos motivos convergentes e por isso afasta os divergentes, mas sempre de modo racional e assumindo calculadamente algum risco, que é inevitável.⁴⁷⁶

Fato é que o procedimento célere baseado em cognição sumária e apto à estabilização

⁴⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade** ..., p. 229.

⁴⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar** ..., p. 277.

⁴⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade** ..., p. 239.

surgiria como um novo modelo de processo de conhecimento, para existir ao lado do processo padrão baseado em cognição plena e exauriente, já que um não poderia suplantar o outro.

Como bem explicita o i. professor Érico Andrade, a partir do reconhecimento da falência do modelo ordinário como espécie de modelo-padrão ou central do sistema para a atuação de praticamente todos os direitos substanciais, cristaliza-se a tendência de este modelo se transformar em espécie subsidiária, residual. Trata-se de rever o seu papel, reservando-lhe lugar como mero modelo-base, de referência, criando ao seu lado outras formas procedimentais hábeis a prestar a tutela diferenciada, mais célere.⁴⁷⁷

Seria, pois, a coexistência dos modelos de processo de conhecimento (sumário e padrão) que garantiria o necessário equilíbrio à atividade jurisdicional do Estado.

Por outro lado, é importante destacar, ainda, que, caso venha a ser aprovada a proposta de estabilização que consta do projeto do novo CPC, os operadores do Direito deverão estar preparados para interpretá-la de modo a conferir-lhe o máximo de efetividade. Mister que dela se extraia todo o seu potencial: seja na aplicação dos princípios de economia, celeridade e simplificação, seja no efeito moralizador, disuasivo e deflacionário, seja, ainda, na busca por resultados práticos efetivos e duradouros. A nova norma não deve ser recebida com os olhos da antiga, no intuito de fazer dela letra morta, esterilizando ou minimizando seus efeitos.

É José Carlos Barbosa Moreira que nos adverte para a chamada *interpretação retrospectiva* sempre que entra em vigor um novo código, ou nova lei de âmbito menos estreito ou de teor mais polêmico. Ele afirma que:

em tais ocasiões, raramente deixa de manifestar-se, em alguns setores da doutrina e da jurisprudência, certa propensão a interpretar o texto novo de maneira que ele fique tão parecido quanto possível com o antigo. Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação a que não ficaria mal chamar 'retrospectiva': o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica.⁴⁷⁸

De fato, a inovação só poderá ser adequadamente valorada à luz de seus resultados práticos. O teste da realidade é que será decisivo, especialmente no que tange ao grau de resignação das partes com a decisão sumária, conforme se destacou anteriormente nos capítulos 5 e 6. E é neste teste da realidade que se torna necessário que os mecanismos criados

⁴⁷⁷ Cf. ANDRADE, Érico. A técnica processual ..., p. 178-179 c/c p. 181.

⁴⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 304, p. 151-155, out./dez. 1988. p. 151.

sejam postos a funcionar com a máxima fidelidade ao pensamento que os inspirou.⁴⁷⁹

Entendemos que, na hipótese examinada, o pensamento inspirador seria o de que a estabilização deve privilegiar que seja ditada a regra de direito a ser aplicada ao caso concreto trazido pelas partes, em tempo reduzido (razoável, célere), dotando a referida decisão de força executiva e abrandando a animosidade entre as partes, para colocar fim à crise de direito material, de maneira potencialmente definitiva, ainda que o resultado final não adquira força de coisa julgada.

Trata-se de uma nova forma de entender a justiça, em que se dá destaque e relevância aos *resultados*, mesmo quando isto significa relativizar algumas garantias processuais, porque a sociedade moderna exige celeridade⁴⁸⁰.

De forma conclusiva, são as brilhantes palavras de Cândido Rangel Dinamarco que elucidam e encerram a questão:

É preciso ousar, prudentemente, mas ousar. É preciso, se quisermos um processo mais rápido, assumir riscos com a consciência e a certeza de que o próprio sistema predis põe instrumentos para sua correção. A obsessão por níveis absolutos de certeza ou de segurança é fator irracional e utópico de perda de tempo e sacrifício de direitos. [...] Os grandes princípios constitucionais do processo são em si mesmos perenes mas nem por isso devem ser cultuados como *fetiches*, nem a sua leitura há de ser estanque no tempo. As garantias constitucionais do contraditório, do devido processo legal, da ampla defesa *etc.*, são parâmetros a serem observados na construção e prática da lei processual, mas devem ser interpretadas segundo as necessidades do tempo e os legítimos valores da sociedade a que servem. Acima de todos eles paira a garantia do *acesso à justiça*, também oferecida em sede constitucional (art. 5º, inc. XXXV) e complementada pela outra garantia consistente no direito à realização do processo *em tempo razoável* [...]. Quando, para a efetividade e necessária tempestividade da tutela jurisdicional, for necessário infringir mediante simples *arranhões* algum desses princípios, ou interpretá-los sem os radicalismos estagnários de uma leitura tradicionalista e conservadora, que isso seja feito, porque assim caminha a História das instituições e assim convém à boa ordem jurídica e aos objetivos da justa pacificação pelas vias do processo.⁴⁸¹

⁴⁷⁹ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário ..., p. 151.

⁴⁸⁰ Cf. TORRALBA, Alberto José Lafuente. La evolución ..., p. 100-101.

⁴⁸¹ DINAMARCO. Cândido Rangel. **Fundamentos** ..., t. II, p. 904-905.

REFERÊNCIAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. A crise do processo do trabalho e a tutela de urgência: uma visão histórico-comparativa. **Revista Trabalho e Doutrina**, São Paulo, n. 24, p. 48-61, mar. 2000.

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. **A tutela de urgência no processo do trabalho**: uma visão histórico-comparativa - ideias para o caso brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ANDOLINA, Italo Augusto. Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del *giusto processo*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 150, p. 70-80, ago. 2007.

ANDOLINA, Italo Augusto. New perspectives for provisional measures. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, n. 117, p. 203-209, set./out. 2004.

ANDRADE, Érico. A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 179, p. 175-215, jan. 2010.

ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança**: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ASSIS. Araken de. *O contempt of court* no Direito Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 111, p. 18-37, jul./set. 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência - tentativa de sistematização. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 309-331.

BIAVATI, Paolo. Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, anno LXIV, n. 01, p. 185-196, mar. 2010.

BIAVATI, Paolo. I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, anno LVI, n. 03, p. 751-775, sett. 2002.

BIAVATI, Paolo. Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, anno LX, n. 02, p. 563-574, giugno 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 186, de 24 de maio de 2005**. Modifica os §§ 4º e 5º do art. 273, e acrescenta os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/5724.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2010.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 166, de 08 de junho de 2010**. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>>. Acesso em: 14 dez. 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella; CARPENA, Márcio Louzada. Diante das novas técnicas de obtenção de tutelas de urgência, ainda se mostra necessário um processo cautelar *autônomo*? **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, p. 187-190, jul./set. 2008.

BUONCRISTIANI, Dino. Sistema dei 'référés': tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pre-giudizio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, anno LX, n. 02, p. 575-600, giugno 2006.

CADIET, Loïc. Presentazione. In: SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza giuridica francese**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005. p. XI-XIX.

CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

CALAMANDREI, Piero. Processo e giustizia. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. I, p. 273-290, 1950.

CAPONI, Remo. In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile. **Il Foro Italiano**, Roma, anno CXXXI, n. 01, p. 136-140, genn. 2006.

CAPONI, Remo. La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, anno LVIII, n. 04, p. 1359-1392, dic. 2004.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 309-325.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 140, p. 72-85, out. 2006.

CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela antecipada de obrigação de fazer no processo do trabalho - a difícil caminhada em direção à modernidade e à efetividade. **Revista LTr**, São Paulo, v. 63, n. 08, p. 1015-1028, ago. 1999.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. São Paulo: LTr, 1999. v. I.

CECHELLA, Claudio. Il référé italiano nella riforma delle società. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LVIII - seconda serie, n. 04, p. 1130-1163, ott./dic. 2003.

CHIARLONI, Sergio. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 176, p. 105-120, out. 2009.

COSTANTINO, Giorgio. Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LVIII, n. 03, p. 651-677, luglio/sett. 2003.

COUTURE, Eduardo. La garanzia costituzionale del 'dovuto processo legale'. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. IX, parte 1, n. 2, p. 81-101, 1954.

DALAZEN, João Oreste. Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro. **Revista LTr**, São Paulo, v. 61, n. 07, p. 875-880, jul. 1997.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. Direito do trabalho e inclusão social - o desafio brasileiro. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, n. 10, p. 1159-1169, out. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo Civil Comparado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 95, n. 345, p. 19-28, jan./mar. 1999.

DITTRICH, Lotario. Il nuovo procedimento sommario di cognizione. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LXIV, n. 06, p. 1582-1600, nov./dic. 2009.

DOYLE, William. **O antigo regime**. Tradução Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Ática, 1991.

FAVA, Marcos Neves. **Ação civil pública trabalhista: teoria geral**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

FIÚZA, César (Coord.). **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FRIEDE, Reis. **Limites objetivos para a concessão de medidas liminares em tutela cautelar e em tutela antecipatória**. São Paulo: LTr, 2000.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 141, p. 150-179, nov. 2006.

GHIRGA, Maria Francesca. Le nuove norme sui procedimenti cautelari. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LX - seconda serie, n. 03, p. 781-826, luglio/sett. 2005.

GOETZ, Walter (Coord.). **História universal**. Madri: Espasa-Calpe, 1952. t. VI: La época del absolutismo (1660-1789). Versão espanhola de Manuel García Morente.

GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, anno LXIII, n. 01, p. 137-174, mar. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. Cap. I: As garantias constitucionais do processo, p. 1-15.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 121, p. 11-37, mar. 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 87, p. 167-174, set. 1997.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HILLS, Ken. **A revolução francesa**. Tradução e adaptação de Jayme Brener. 4. ed. São Paulo: Ática, 1994.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

JOMMI, Alessandro. **Il référé provision**: ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

JORGE, Flávio Cheim. O processo cautelar e o poder geral de cautela do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 87, p. 186-198, set. 1997.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. **A antecipação dos efeitos da tutela de conhecimento no direito processual civil e do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

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

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Estabilização da tutela antecipada e julgamento parcial do mérito. **Instituto Brasileiro de Direito Processual**, Brasília, 15 jul. 2010. 43 p. Disponível em: <<http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/104/1>>. Acesso em: 04 out. 2010.

MALLET, Estêvão. **Antecipação de tutela no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

MANENT, Pierre. **História intelectual do liberalismo**: dez lições. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1: Curso de processo civil.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. v. I: Teoria geral do processo civil.

MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LXI - seconda serie, n. 03, p. 869-902, luglio/sett. 2006.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de et al. As garantias dos direitos sociais e laborais e as dimensões de sua efetividade: direito ao trabalho e à não discriminação. Medidas judiciais e pretensões cabíveis. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p. 73-94, jul./dez. 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela - algumas questões controvertidas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 26, n. 104, p. 101-110, out./dez. 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do Processo e Técnica Processual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Edição Comemorativa - 100 anos, v. 100, n. 05, p. 577-590, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 304, p. 151-155, out./dez. 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, p. 62-74, jul./dez. 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Da antecipação da tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 187-213.

PERROT, Roger. Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 30, n. 02, p. 228-264, 1975.

PERROT, Roger. L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 39, n. 04, p. 845-863, dic. 1985.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 94, n. 342, p. 161-168, abr. 1998.

PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, anno LVIII, n. 01, p. 41-71, mar. 2004.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 65, n. 02, p. 151-162, fev. 2001.

PIMENTA, José Roberto Freire. **A tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer e a efetividade da jurisdição - aspectos constitucionais, cíveis e trabalhistas**. 2001. 881 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. (Coord.). **Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo**. São Paulo: LTr, 2009. p. 9-50.

PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos processuais na luta contra a discriminação, na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000. p. 169-226.

PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. (Coord.). **Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004. p. 336-399.

PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, p. 85-122, jan./jun. 2006.

PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 105, p. 43-63, jan./mar. 2002.

PISANI, Andrea Proto. I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2006. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 153, p. 65-86, nov. 2007.

PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 131, p. 239-249, jan. 2006.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 04 ago. 2010.

PRATA, Edson. **História do processo civil e sua projeção no direito moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

QUERZOLA, Lea. **La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito**. Bologna: Bononia University Press, 2006.

RICCI, Edoardo Flavio. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Tradução José Rogério Cruz e Tucci. **Instituto Brasileiro de Direito Processual**, Brasília, 16 set. 2010. 39 p. Disponível em: <<http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/104/1>>. Acesso em: 04 out. 2010.

RICCI, Edoardo Flavio. Verso un nuovo processo civile? **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LVIII, n. 01, p. 211-226, genn./mar. 2003.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 25, n. 97, p. 195-211, jan./mar. 2000.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2: Execução e processo cautelar.

SILVA, Antônio Álvares da. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da justiça do trabalho no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 243-278.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3: Processo cautelar (tutela de urgência).

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVESTRI, Caterina. **Il référé nell'esperienza giuridica francese**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 11, p. 1287-1303, nov. 2005.

SOUSA, Otávio Augusto Reis de. **A antecipação de tutela e as pessoas jurídicas de direito público: processo civil, processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 72-94, abr./jun. 2003.

TARZIA, Giuseppe. Interrogativi sul nuovo processo societario. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LVIII, n. 03, p. 641-650, luglio/sett. 2003.

TARZIA, Giuseppe. Medidas cautelares atípicas - uma análise comparativa. Tradução Paulo Henrique dos Santos Lucon. **Instituto Brasileiro de Direito Processual**, Brasília, 15 jul. 2010. 28 p. Disponível em: <<http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/104/1>>. Acesso em: 04 out. 2010.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Processo cautelar: parte geral**. São Paulo: LTr, 1997. (n. 17: Perguntas e respostas sobre assuntos polêmicos em opúsculos específicos).

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I e II.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 7. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1985.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 94, n. 342, p. 107-120, abr. 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 157, p. 129-146, mar. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 181-203.

TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza**. Padova: CEDAM, 1983.

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, v. 33, n. 156, p. 77-103, fev. 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 17, n. 66, p. 72-78, abr./jun. 1992.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Curso avançado de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 3: Processo cautelar e procedimentos especiais.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 483-555.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Impossibilidade de decretação de pena de prisão como medida de apoio, com base no art. 461, para ensejar o cumprimento da obrigação *in natura*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 112, p. 196-212, out./dez. 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente, a multa. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 142, p. 07-19, dez. 2006.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 93, v. 339, p. 175-189, jul./set. 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 82, ano 21, p. 53-69, abr./jun. 1996.