

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Thiago Ribeiro de Carvalho

TUTELA PREVENTIVA EM DIREITOS DIFUSOS

BELO HORIZONTE

2012

Thiago Ribeiro de Carvalho

TUTELA PREVENTIVA EM DIREITOS DIFUSOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça

BELO HORIZONTE

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C331t Carvalho, Thiago Ribeiro de
Tutela preventiva em direitos difusos / Thiago Ribeiro de Carvalho. Belo Horizonte, 2012.
114f.

Orientador: Vitor Salino de Moura Eça
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Tutela inibitória 2. Ação coletiva. 3. Interesses difusos. I. Eça, Vitor Salino de Moura. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.919

Thiago Ribeiro de Carvalho

TUTELA PREVENTIVA EM DIREITOS DIFUSOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho

Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite

Prof^a. Dra. Juliana Maria de Matos Ferreira

Belo Horizonte, 21 de Junho de 2012

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, pelo incentivo e carinho.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, por me amparar em todos os momentos de dificuldade.

Ao meu Pai, homem forte, inteligente e trabalhador.

À minha mãe, por sempre ter uma palavra de carinho e incentivo.

À minha madrinha Marieta, por sempre confiar em minha capacidade.

Ao meu professor Orientador Dr. Vitor Salino de Moura Eça, pelas suas análises críticas e empenho na orientação.

Aos meus colegas do mestrado, especialmente a Jéssica.

Aos meus amigos Lott, Álvaro, Sílvio César, Cacá, Fernando Khaddour e Bernardo, por estarem sempre ao meu lado.

RESUMO

Este trabalho realizou uma pesquisa acerca da importância da tutela preventiva para o direito coletivo, cujo marco teórico é a teoria das ações coletivas como ações temáticas. Segundo pesquisas, os primeiros a se preocuparem com a tutela preventiva foram os romanos. No direito brasileiro a preocupação com a tutela preventiva está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o regulamento 737 de 1850, que foi a primeira legislação processual não penal do Brasil. Nas legislações posteriores houve avanços legislativos em relação ao instituto das tutelas preventivas. Nos códigos processuais estaduais se pode destacar a influência das ordenações filipinas, afonsinas e manuelinas. No Código de Processo Civil (CPC) de 1939, o legislador criou um livro específico para tratar do processo cautelar, que posteriormente foi aperfeiçoado pelo mesmo código em 1973. Em 1994, foi inserido no CPC vigente o instituto da antecipação da tutela que possuía caráter satisfativo, entretanto em 2002 houve uma nova reforma que ainda carece de explicações; também foi analisado o projeto do novo CPC. Por fim foi analisada a proposta do anteprojeto elaborado pelos alunos do programa de pós-graduação *stricto sensu* da PUC Minas.

Palavras-Chave: Tutela preventiva. Processo coletivo. Ações temáticas.

ABSTRACT

This work conducted a research about the importance of preventive protection for collective rights, whose theoretical framework is the theory of collective action and thematic actions. According to our research the first to be concerned with preventive custody were the Romans. Brazilian law's concern with the preventive protection is present in the Brazilian legal system from the Regulation 737 of 1850 which was the first non-criminal procedural legislation of Brazil. In subsequent legislation there legislative advances against the Office of Preventive guardianships. In the state procedural codes you can highlight the influence of ordinations Philipppines, Afonsinas and Manueline. In the Code of Civil Process, 1939 the legislature created a specific book to treat the process injunction which was later perfected by the Code of Civil Process 1973. In 1994 he was inserted into the Code of Civil Process in force ahead of the institute of guardianship satisfativo character he possessed, though in 2002 there was a new reform still lacks explanation was also considered the design of the new Code of Civil Process. Finally the proposal was discussed the bill prepared by students in the post-graduate stricto sensu at Pontifical Catholic University of Minas Gerais.

Keywords: Preventive protection. Collective process. Thematic actions.

LISTA DE ABREVIATURAS

Coord. – Coordenador

Coords. - Coordenadores

Ed. – Edição

Ex. – Exemplo

n.º - número

Org. – Organizador

V. - Volume

LISTA DE SIGLAS

CPC – Código de Processo Civil

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

PUC – Pontifícia Universidade Católica

TST - Tribunal Superior do Trabalho

ZPO – *Zivilprozessordnung* (Código de Processo Civil alemão)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	21
2 CELERIDADE PROCESSUAL E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	23
2.1 O desafio de se alcançar uma decisão célere sem afrontar as garantias constitucionais-processuais	23
2.2 A agilidade necessária.....	25
3 SUPOSTOS HISTÓRICOS SOBRE O PROCESSO CAUTELAR	30
3.1 O interdito do Direito Romano	30
3.2 O processo cautelar no direito medieval	32
3.3 Antecedentes do processo cautelar	33
3.4 O processo preventivo no Regulamento 737 de 1850.....	36
3.5 O processo preventivo nos códigos estaduais	37
4. DISTINÇÃO CAUTELAR	39
4.1 A medida cautelar no CPC de 1939	39
4.1.1 <i>O processo acessório no regime ancião</i>	41
4.2 O processo cautelar no CPC de 1973.....	43
4.2.1 <i>Finalidade</i>	45
4.2.2 <i>Ação cautelar, processo cautelar e medida cautelar</i>	46
4.2.3 <i>Distinções</i>	48
4.2.3.1 <u>Autonomia</u>	48
4.2.3.2 <u>Acessoriedade ou instrumentalidade</u>	49
4.2.3.3 <u>Preventiva</u>	50
4.2.3.4 <u>Provisoriedade</u>	51
4.2.3.5 <u>Revogável</u>	52
4.2.4 <i>Requisitos</i>	53
4.2.5 <i>Oportunidades para requerer a providência cautelar</i>	54
4.2.6 <i>Poder geral de cautela</i>	54
4.3 Da antecipação da tutela	55
4.3.1 <i>Distinções</i>	57
4.3.2 <i>Requisitos</i>	58
4.3.2.1 <u>Prova inequívoca</u>	58
4.3.2.2 <u>A verossimilhança das alegações</u>	59
4.3.2.3 <u>Teorias da verdade</u>	61
4.3.2.4 <u>A verdade processual</u>	64
4.3.2.5 <u>Os requisitos do dano irreparável ou de difícil reparação e do abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório</u>	67

4.3.3 A liminar na antecipação da tutela.....	70
4.3.4 A inconstitucionalidade da Lei 9.494/1997.....	71
4.3.5 Antecipação da tutela e fungibilidade.....	71
4.4 As tutelas de urgência no projeto de Lei 8046/2010	73
4.4.1 O instituto da tutela de evidência no direito americano e britânico.....	74
4.4.2 O significado do termo evidência na filosofia.....	75
4.4.3 A tutela de urgência.....	76
4.4.4 Requisitos.....	79
4.4.4.1 A plausibilidade do direito.....	79
4.4.4.2 <u>Fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação</u>	80
5 A TUTELA DE URGÊNCIA PREVENTIVA SOB A PERSPECTIVA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS	81
5.1 Direito <i>versus</i> interesse.....	81
5.2 A objetivação do direito.....	84
5.3 Direitos difusos	85
5.4 Legitimidade para agir	85
5.5 Formação participada do mérito.....	88
5.6 Tutela preventiva em direitos difusos	89
5.7 A monetização do direito <i>versus</i> prevenção	90
5.8 Requisitos autorizadores para a concessão da tutela de urgência preventiva	93
5.9 A irreparabilidade ou difícil reparação sob a perspectiva das ações coletivas como ações temáticas.....	94
5.10 A verossimilhança das alegações	96
5.11 A liminar sem a oitiva da parte contrária	97
6 ESTUDO DE CASO	99
6.1 Ação proposta pelo Ministério Público de Minas Gerais em face à Igreja Universal do Reino de Deus.....	99
6.2 Ação popular proposta em Lavras-MG.....	100
7 CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS.....	104

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o legislador brasileiro realizou reformas em nosso ordenamento jurídico com o intuito de agilizar a resposta judicial. Certamente algumas situações do nosso cotidiano exigem uma decisão célere sob pena da mesma se tornar inócua. No âmbito do direito coletivo o assunto ganha uma maior importância tendo em vista a dificuldade ou impossibilidade de se reparar o dano a direitos difusos.

Encontramos os primeiros dispositivos sobre o tema no direito romano, onde os interditos eram o meio pelo qual o jurisdicionado poderia requerer uma tutela preventiva. Apesar de sua origem incerta, foi nesse instituto que localizamos as prováveis raízes do processo cautelar.

O período medieval pouco contribuiu para o avanço do estudo da proteção a direitos, tendo em vista que foi marcado pelo declínio do Império Romano e fortalecimento da igreja, que passou a solucionar os conflitos por meio de seus sacerdotes pelo método ordálico.

Conforme apurou-se, Adolf Wach foi o primeiro jurista a realizar um estudo científico sobre as medidas cautelares quando investigava o arresto. Os italianos Chiovenda e Calamandrei contribuíram muito para o avanço científico do tema, entretanto, foi Carnelutti quem o classificou como um terceiro gênero de processo.

O assunto se fez presente no Brasil pela primeira vez no Regulamento 737 de 1850, no qual foram previstas medidas preventivas que podiam ser requeridas ao juiz com o intuito de assegurar a efetividade do processo principal. O referido Regulamento autorizava o deferimento da liminar sem a oitiva da parte contrária com o objetivo de assegurar a eficácia da medida.

No período compreendido entre 1891 e 1939, a Constituição Federal conferiu aos estados federados competência para legislar em matéria processual, cuja inspiração foi o próprio Regulamento 737 de 1850 e as Ordenações Filipinas, Afonsinas e Manuelinas.

O Código de Processo Civil, advindo em 1939, tratava as medidas cautelares juntamente com as medidas especiais em Livro denominado “Dos processos acessórios”. Em relação a este código, destaca-se a ausência de uma parte geral e a positivação do poder geral de cautela no ordenamento jurídico brasileiro

O processo cautelar ganhou um contorno mais técnico com a elaboração do CPC de 1973, no qual foi destinado um Livro somente para tratar do assunto. Esse foi um acontecimento histórico tendo em vista que até então as *medidas preventivas* eram positivadas junto com as medidas especiais.

Dentre as alterações levadas a efeito pelo Código vigente citamos a inserção da antecipação de tutela no ordenamento jurídico pátrio. Inicialmente o referido instituto tinha a finalidade de garantir a celeridade nas tutelas de urgência satisfativas, entretanto com a inclusão do § 7º, no artigo 273, passou a ser possível o deferimento de uma medida cautelar.

Atualmente, no Brasil, encontra-se em fase de elaboração um “novo código”. Se aprovado na forma em que se encontra o projeto, passar-se-á à tutela de urgência preventiva, satisfativa e de evidência.

Depois de percorrer esse trajeto histórico, dedicou-se a analisar as tutelas de urgência no âmbito do direito coletivo, neste estudo. O marco teórico dessa investigação é a teoria das ações coletivas como ações temáticas que propõem a revisitação dos conceitos de “direito” e “interesse”, a objetivação do direito, a legitimação para agir concorrente e a formação participada do mérito.

O desafio desse trabalho é elaborar uma construção teórica para acomodar o dissenso entre a normatividade e a compreensão teórica, tendo em vista as peculiaridades do Direito coletivo.

Na seara dos direitos difusos, a prevenção se coloca em lugar de destaque, diante da dificuldade ou impossibilidade de reparação do dano, pois os sujeitos em alguns casos não poderão ser individualizados.

2 CELERIDADE PROCESSUAL E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A busca por uma técnica capaz de equacionar o respeito às garantias do cidadão com a celeridade processual, tem sido objeto de estudo dos processualistas ao longo dos anos. Certo é que não se pode admitir que a busca da celeridade viole garantias constitucionais.

2.1 O desafio de se alcançar uma decisão célere sem afrontar as garantias constitucionais-processuais

A busca por uma resposta judicial célere¹ em consonância com as garantias constitucionais-processuais tem desafiado os doutrinadores a encontrarem uma fórmula que equacione ambos. Sendo que posteriormente a emenda constitucional 45 a celeridade processual alcançou o *status* de direito fundamental.

Ao tratar do tema, Maciel Júnior (2012, p. 1) afirma o seguinte: “[...] a celeridade tem por objetivo assegurar que haja um limite e não se eternize a discussão no processo, garantindo, de preferência, uma resposta rápida ao litígio”.

Assim, cabe aos estudiosos brasileiros pesquisarem uma forma de resolução dos conflitos que não prolongue além do necessário o trâmite processual, sem, contudo, afrontar as garantias constitucionais.

Segundo Marinoni (1996, p. 27), na história do processo ainda não foi encontrada uma forma de resolver o litígio de forma célere sem afrontar direitos dos jurisdicionados. Enquanto isso, a morosidade aniquila direitos e muitas vezes servem a propósitos escusos dos detentores do poder.

Em um primeiro momento é necessário verificar quais os fatores que contribuem para a letargia da atividade judicial.

Marinoni (1996, p. 28) analisa a questão sob duplo vértice, sendo o primeiro à estrutura do judiciário e o segundo à técnica processual. Em relação ao primeiro, o doutrinador propõe que haja uma relação adequada entre o número de juízes e o número de processos. Já em relação ao segundo, afirma que a universalização do procedimento ordinário contribui para a letargia do judiciário.

¹ No direito italiano conferir Il tempo e il processo, Italo Andolina (2009, p. 259-274).

[...] a lentidão do processo pode transformar o princípio da igualdade processual, na expressão de Calamandrei, em “coisa irrisória”. A morosidade gera a descrença do povo na justiça; o cidadão se vê desestimulado de recorrer ao Poder Judiciário quando toma conhecimento da sua lentidão e dos males (angústias e sofrimentos psicológicos) que podem ser provocados pela morosidade judicial. (MARINONI, 1996, p. 32).

A proposta de Marinoni para o alcance da celeridade processual gira em torno da elaboração de uma pluralidade de procedimentos adequados que atendam às necessidades do direito material para a solução dos litígios. Dessa forma, seria possível assegurar as garantias constitucionais-processuais sem, contudo, prolongar indevidamente a marcha processual.

Em sentido diferente, Dias (2010, p. 162) sustenta que a agilidade processual pode ser comprometida pela “complexidade das questões discutidas, pelo comportamento das partes e pela atuação dos órgãos jurisdicionais”.

Como foi dito, a busca da celeridade não pode afrontar as garantias concedidas pela Carta Magna. Para Grinover (1975, p. 5), o processo constitucional exige a observância dos direitos fundamentais, da organização judiciária, do processo e a jurisdição constitucional.

Segundo a jurista, o processo deve abranger o princípio do devido processo legal, as garantias processuais individuais e a inafastabilidade do poder judiciário.

Em sentido diferente Dias (2006, p. 655) entende que a busca pela celeridade deve observar o princípio do devido processo legal que consiste em:

[...] um bloco aglutinante e compacto de várias garantias fundamentais que são: a) direito ao amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) garantia do juízo natural; c) garantia do contraditório; d) garantia de plenitude de defesa, com todos os recursos a ela (defesa) inerente, aí incluída o direito ao advogado ou defensor público (art. 133 e 134); e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais (art. 93, incisos IX e X); garantia de um processo sem dilações indevidas.

Diante disso, conclui-se que a técnica e a estrutura judicial não podem afrontar as garantias constitucionais-processuais. Deste modo, no Estado Democrático de Direito a celeridade deve ser buscada por meio de um processo sem dilações indevidas.

A seguir será abordada a oralidade como uma alternativa para imprimir uma maior celeridade sem, contudo, afrontar as garantias asseguradas pelo texto constitucional.

2.2 A agilidade necessária

A busca por um processo célere, com menores custos e eficiente tem sido objeto de estudos dos processualistas ao longo dos anos. O grande desafio consiste em conseguir conjugar a observância das garantias constitucionais-processual com a elaboração de um processo ágil e eficiente.

No século XIX, alguns países que compõem a Europa passaram por movimentos reformistas, e a adoção da oralidade se disseminou no velho continente.

O direito italiano também passou por reformas processuais com o fim da guerra. Chiovenda foi nomeado relator da comissão que possuía a incumbência de apresentar uma solução para a morosidade judicial.

Os estudos da oralidade e da concentração dos atos em audiência nortearam os trabalhos (CHIOVENDA, 1940, p. 39).

Segundo Chiovenda (1940, p. 40), o modelo oral não foi adotado devido à influência das reformas processuais da Europa no século XIX, e sim pela própria tradição do processo penal italiano.

Os integrantes da comissão acreditavam que a criação de uma técnica processual predominantemente oral juntamente com a concentração dos atos em audiência poderia resultar em um processo “justo”, célere e eficaz.

O Brasil não ficou alheio ao debate acerca da morosidade judicial. O assunto foi debatido antes da confecção do CPC de 1939. Os juristas da época procuraram detectar as falhas do sistema vigente e propuseram algumas soluções para alcançar uma justiça rápida e menos custosa.

Na época, predominavam três correntes doutrinárias que eram formadas pelos defensores do processo oral, escrito e misto.

Entre os adeptos do processo oral encontramos Medeiros (1940, p. 69) que sustenta ser esta a única forma de se remediar “os males que afligem a justiça cuja lentidão é a mais deplorável”. Aos críticos afirma não se tratar de um total extermínio da forma escrita e o define da seguinte forma:

[...] processo oral é uma expressão observada, uma fórmula concisa, com que significa que no desenrolar do movimento processual e na sua fase decisiva, a audiência de julgamento, predomina e prepondera a oralidade; e

na mesma fórmula se incluem uma série de conseqüências tão importantes como a própria oralidade² (MEDEIROS, 1940, p. 69).

No mesmo sentido, Campos (1940, p. 15) classifica o processo escrito como dispendioso, antiquado, lento e sustentava a adoção de um modelo de processo semelhante ao austríaco e ao alemão.

Já os defensores da manutenção do processo escrito invocavam a tradição e a falta de preparo dos brasileiros para a adoção de um padrão predominantemente oral. (CAMPOS, 1940, p. 16).

Por fim, os adeptos da corrente mista sustentavam que a melhor alternativa era mesclar os modelos, sendo que na primeira instância, em regra, seria adotada a forma escrita e excepcionalmente o processo oral em algumas causas, enquanto na segunda instância predominaria a oralidade (GUIMARÃES, 1940, p. 16).

O ponto de convergência dos adeptos das três correntes citadas anteriormente era que a atividade judicial no Brasil era cara, morosa, insegura e de resultados precários. Por isso era necessário buscar soluções para essa realidade indesejada.

Campos (1940, p. 12), árduo defensor do processo oral, descreve que a época era marcada pelo aperfeiçoamento técnico dos instrumentos de trabalho e produção enquanto a técnica de administração da justiça não se preocupava em se aprimorar. Segundo o autor, a solução para uma solução judicial célere deveria ser baseada nos seguintes aspectos:

[...] em primeiro lugar reforma do ensino jurídico, dando maior envergadura e outras finalidades ao estudo do direito, transportando-o do plano da memorização e dos dogmas para o da investigação e da crítica [...]. Em segundo lugar, a organização racional do serviço legislativo, criando um centro de estudos, de informações e de investigações com a função de verificar as lacunas e defeitos do sistema jurídico, os vícios do seu funcionamento ou inadequações ou incompatibilidades do direito com as circunstâncias da vida ou das transformações operadas nos hábitos ou nos sentimentos públicos. Tanto a primeira como a segunda medida se resume simplesmente em tornar o direito permeável às transformações intelectuais operadas em todos os domínios da atividade científica e prática. O que se exige, em suma, é que o direito beneficie os métodos de apreciação e de estudo, que tornaram possíveis os rápidos progressos da medicina, dos processos industriais e o melhoramento ou a racionalização de todas as técnicas do trabalho humano.³ (CAMPOS, 1940, p.13).

² Foi mantida a redação original.

³ Foi mantida a redação original.

Assim, o autor afirma a necessidade de uma melhor organização, aparelhamento e controle da atividade judicial, com a finalidade de tornar a solução do conflito mais célere e precisa. Nesse contexto, os juristas teriam a função de contribuir com atividades construtivas e criadoras do direito por meio da crítica.

O modelo de processo oral proposto à época e adotado pelo CPC de 1939 era composto pelos seguintes elementos: a) predominância da palavra falada; b) a imediatidade da relação do juiz com as partes e com os meios produtores de certeza; c) a identidade física do juiz; d) a concentração dos atos processuais; e) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Na sequência trata-se de cada um desses elementos:

a) a predominância da palavra falada –

não significa a exclusão de toda a escrita, porque seria impossível um processo puramente oral, diante da necessidade de se documentar as comunicações prévias antes da audiência, bem como de se registrar por escrito um resumo do depoimento das testemunhas para que não seja necessário colher o depoimento novamente (GUIMARÃES, 1940, p. 22).

Segundo Chiovenda (1940, p.58) a oralidade não pode “contentar-se com uma discussão oral em audiência”, sendo então viável a resolução dos incidentes processuais em audiência e a redução das formalidades dispensáveis, ou seja, potencializa-se a possibilidade de se obter um processo sem dilações indesejadas;

- b) imediatidade da relação do juiz com as partes e com os meios produtores de certeza – “o contato pessoal do juiz com o perito e testemunhas. Esse contato direto do juiz permite que o magistrado forme a sua convicção de maneira plena e eficaz”. (MORATO, 1940, p. 5). Em uma visão contemporânea podemos citar Leite (2009, p. 416), que ao tratar do tema afirma o seguinte: “é o juiz como diretor do processo, quem colhe, diretamente e imediatamente, a prova”;
- c) identidade física do juiz – vincula o juiz que realizou a fase instrutória a julgar a causa. Essa vinculação decorre da imediatidade da relação do juiz com os meios produtores de certeza;
- d) concentração dos atos processuais – é sem dúvida o elemento mais importante do processo oral. Como se disse anteriormente, o processo francês era predominantemente oral, porém não havia a concentração dos

atos processuais, sendo essa uma das causas de sua morosidade. O modelo oral não tem o condão de transformar um processo moroso em célere sem a observância da concentração dos atos processuais;

- e) irrecorribilidade das decisões interlocutórias – consiste na obrigatoriedade de recorrer da decisão interlocutória juntamente com as questões de mérito.

Em síntese, esses eram os elementos que compunham o modelo de processo adotado pelo CPC de 1939. Todavia, não se alcançou a celeridade e a eficiência pretendidas, sendo este o motivo da elaboração da lei processual vigente nos dias de hoje.

O legislador deixou claro na exposição de motivos que o “novo código” não iria adotar integralmente o modelo de processo oral até então vigente.

[...] julgamos de bom aviso limitar o processo oral, não só no que toca o princípio da identidade física do juiz, como também quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias. (MORATO, 1940, p.232)

Pode-se dizer que o Código de 1973 mitigou a oralidade processual perante a exclusão da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e do princípio da identidade física do juiz.

Todavia, o direito processual do trabalho não limitou o modelo de processo oral, pois o agravo de instrumento possui a finalidade de “destrancar” recurso cujo seguimento tenha sido denegado.

Magalhães (2011, p. 604) afirma que a vedação da recorribilidade das interlocutórias em separado constitui afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Tal argumento não pode prevalecer, porque a parte que se sentir prejudicada poderá recorrer dessa decisão juntamente com o mérito. Não se trata aqui de uma limitação ao contraditório e a ampla defesa e sim na aplicação equilibrada desses princípios com a finalidade de alcançar a celeridade processual.

Constata-se que, se o CPC adotar a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, haveria um ganho substancial em celeridade, tendo em vista que as decisões de primeiro grau seriam prolatadas mais rapidamente e o Tribunal se dedicaria a julgar o recurso que desafia a decisão de mérito.

Chiovenda descreve os seguintes benefícios decorrentes do modelo de processo oral:

a) redução de no mínimo dois terços dos atos judiciais; b) Simplificação dos atos, pela sua concentração em audiência; c) Irrecorribilidade das decisões interlocutórias separadamente das questões de mérito; d) Resolução dos incidentes em audiência. Tais situações convertem-se em celeridade e menores custos. (CHIOVENDA, 1940, p. 61).

Por fim, conclui-se que não basta a adoção da oralidade para alcançar a desejada celeridade. É de fundamental importância prestigiar a irrecorribilidade das decisões interlocutórias separadamente das questões de mérito. No Brasil, tem-se a experiência do direito processual do trabalho que vem se mostrando extremamente eficaz.

3 SUPOSTOS HISTÓRICOS SOBRE O PROCESSO CAUTELAR

O presente capítulo, tem por finalidade fazer um levantamento histórico acerca dos supostos históricos do processo cautelar. Como restará constatado muitos dos institutos presentes em nosso ordenamento jurídico atual possuem raízes longínquas.

3.1 O interdito do Direito Romano

O direito processual romano desenvolveu três formas de processo: as *legis actiones*, o processo formular e o interdito. Nesse trabalho será abordado somente o interdito que, segundo a pesquisa realizada, inspirou o desenvolvimento do processo cautelar.

Apesar de sua origem ser incerta⁴, alguns afirmam que o seu surgimento se deu entre a instituição do *praetor* urbano e o final do século III a.C. Trata-se de instituto criado para proteger o possuidor que não detinha meios para assegurar a posse pacífica de um bem (MESQUITA, 2002, p. 187).

O significado do termo interdito pode ser explicado da seguinte forma:

O termo *interdictum* significava *inter duos dicere*, tangente à ordem do magistrado emanada entre as partes, requerida por um particular, mais especificamente, uma ordem do *praetor in iure* a pedido de um cidadão destinado a outro particular que defendia, indiretamente, a parte autora, constituindo-se em meio à coação indireta. (MESQUITA, 2002, p. 187).

A ordem obtida possuía natureza administrativa ou de política administrativa. Depreende-se então que a tutela pretendida era a manutenção do estado atual da coisa litigiosa até o trânsito em julgado da ação principal. Caso a ordem fosse descumprida instaurava-se um processo *per formulas* (ordinário). (MESQUITA, 2002, p.187).

Em relação às suas peculiaridades, pode-se afirmar que os interditos não possuíam autonomia em relação ao processo principal, pela sua provisoriedade (não solucionava a divergência de maneira definitiva, era necessária a propositura de

⁴ No mesmo sentido, Miranda Filho (2003, p.175) diz o seguinte acerca da origem dos interditos: "O interdito possui origem remota e cercada de mistérios, às vezes, e, não raro, ganha dimensão de lenda, o *interdictum* é fruto apenas de uma semente plantada em épocas remotas".

outra ação), rapidez e sumariedade do procedimento (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 55; ABREU, 1986, p. 21).

Outra particularidade é que o julgador detinha o poder de *imperium*, ou seja, todo cidadão ou súdito deveria se submeter à ordem *praetoriana*, sendo que os limites de sua atuação eram delimitados pelo direito da cidade e pelas garantias outorgadas pela *Lex publica*.

Segundo Pinto Ferreira (1983, p. 44), trata-se de um “poder geral de cautela” dos *praetores*, que ainda dispunham de algumas medidas preventivas ou cautelares que possuíam a finalidade de resguardar os interesses das partes.

Galeno Lacerda, em uma conferência⁵ realizada no Instituto dos Advogados Brasileiros, sustentou a interpretação do processo cautelar a luz do interdito romano. Assim, os procedimentos deveriam ser analisados em duas categorias: a) aqueles que pressupõem a igualdade das partes no contraditório; b) os que pressupõem a desigualdade - inicialmente -. “A desigualdade seria uma condição autorizadora da expedição de um mandado em favor do requerente”. (ABREU, 1986, p. 20).

Apesar de não podermos precisar a origem do interdito percebemos vários contornos similares ao do processo cautelar contemporâneo. No interdito busca-se uma resposta para manter o estado em que se encontra o objeto do litígio.

Outra semelhança é a provisoriedade, rapidez e sumariedade. Já em relação à autonomia, houve um ganho teórico, pois contemporaneamente os processos cautelares são classificados como autônomos.

Não pode-se também deixar de mencionar o poder geral de cautela do *praetor*, tendo em vista que é o registro mais antigo desse instituto que perdura até os dias de hoje. O *praetor* possuía autorização para impor aos cidadãos uma medida cautelar não prevista em lei, contudo, essa medida preventiva ou cautelar não podia exceder os limites impostos pela *Lex publica* e pela lei da cidade.

No século V, o Império Romano começou a ser invadido pelos bárbaros e veio a ruir definitivamente no século VI. Com o declínio do Império Romano, a Europa passou a ser dominada pelos bárbaros, germanos e francos. Nesse período, a figura do Estado perdeu força e a resolução dos conflitos passou a ser desempenhada pelos sacerdotes. (OLIVEIRA, 2002, p. 158).

⁵ Conferência realizada no Instituto dos Advogados Brasileiros.

Os conflitos passaram a serem resolvidos pelo método ordálico, o qual consistia em colocar o acusado em uma situação na qual “deus” o salvaria se fosse inocente.

Já no século XI, o direito romano voltou a ocupar lugar de destaque devido à Escola dos Glosadores de Bolonha, que sustentava a necessidade de prestigiar o direito latino em detrimento do germânico. Aos poucos o método de solução de conflito ordálico perdeu espaço e a solução de conflitos voltou a ser racional. (OLIVEIRA, 2002, p. 158).

O que se pretende com a busca das raízes do processo cautelar em lugares tão longínquos é verificar a sua gênese e evolução ao longo do tempo. Por fim será averiguado se tais institutos podem fazer parte do nosso ordenamento jurídico arrojado no Estado Democrático de Direito.

3.2 O processo cautelar no direito medieval

Na sequência do estudo acerca dos supostos históricos do processo cautelar nos deparamos com o período medieval. Nesse tópico tivemos dificuldade em encontrar material para encorpar o trabalho.

O direito medieval, até meados do século XI, era muito diversificado, tendo em vista que a sociedade tinha os seus costumes transmitidos oralmente. Diante disso, há uma grande dificuldade para identificar-se os institutos desse período histórico. (BIRCHAL, 2000, p. 51).

Como dito no tópico anterior, o direito romano ressurgiu somente no final do século XI, enquanto a sociedade se reergueu somente no século XIII, marcada pela desigualdade social e a divindade do rei. (BIRCHAL, 2000, p. 51).

A atuação da igreja nesse período histórico era muito forte e marcante a ponto de influenciar a incorporação de seus institutos. O direito canônico do século XIII inspirou o abandono da oralidade e, conseqüentemente, a adoção do procedimento escrito para acabar com o “duelo judiciário e o ritualismo excessivo”. Também pode ser citada a introdução da prova escrita com reconhecimento notarial dentre os meios de prova válidos. (PACHECO, 1958, p. 49).

Nesse período histórico cabia ao juiz a tarefa de inquirir as partes, colher as provas e interrogar as testemunhas. Porém, como mecanismo de controle da

atuação do juiz, criou-se a figura do atentado, regulado pela *decretais*. (PACHECO, 1958, p. 49).

O período Medieval foi marcado pela reestruturação da sociedade romana e o ressurgimento do direito romano devido aos estudos dos Glosadores da Escola de Bolonha.

A influência do direito canônico pode ser percebida pela adoção de seus “institutos” tais como o procedimento escrito, a introdução da prova escrita com reconhecimento notarial e uma maior atuação do juiz. A figura do atentado foi criada como mecanismo de controle com o intuito de controlar eventuais abusos por parte do magistrado.

3.3 Antecedentes do processo cautelar

Adolf Wach citado por Mesquita (2002, p. 195) foi o primeiro a realizar um estudo científico acerca do processo cautelar enquanto investigava o instituto do arresto, todavia não lhe conferiu autonomia.

Também foi na Alemanha que encontramos o primeiro esboço legislativo sobre o tema, conforme nos informa Dini (1957, p. 10)

Sim, é o caso da ordem germânica no ZPO, que no artigo 700 introduziu legislativamente as medidas provisórias, definindo os elementos para o deferimento de uma medida de precaução (tradução livre)⁶.

Os italianos Carnelutti, Chiovenda e Calamandrei deram sequência ao estudo do processo cautelar no século XX. A seguir analisar-se-á cada um dos três autores italianos a fim de verificar-se a contribuição de cada um deles na formação e evolução da lei processual italiana.

Chiovenda (2000, p. 331) faz alusão a medidas especiais cujas espécies são as medidas de: conservação, provisórias, acautelatórias ou conservadoras.

Percebe-se que o doutrinador se vale da expressão “medidas especiais”. Isso ocorre porque no Código italiano as medidas cautelares estavam inseridas juntamente com os procedimentos especiais. A primeira lei processual que destinou um livro para o processo cautelar foi o Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

⁶ Si è con l'ordinanza processuale germânica della Z.P.O., che rappresenta il più preciso precedente legislativo dell'articolo 700 coord. pr. civ., che si introducono legislativamente misure interinali fissando gli elementi di un procedimento cautelare (DINI, 1957, p.10).

As “medidas especiais” que Chiovenda menciona podiam ser requeridas quando houvesse perigo ou urgência e eram classificadas em provisórias acautelatórias ou conservadoras. Essas medidas eram utilizadas antes que o juiz declarasse a vontade concreta da lei pela sentença ou antes mesmo da propositura da própria ação (preparatória).

A medida provisória acautelatória era o meio adequado para se afastar o temor de um dano jurídico. A apuração da existência ou não desse temor se dava na lide principal. Na medida especial “atua a vontade da lei de garantir a atuação de outra suposta vontade da lei.”(CHIOVENDA, 2000, p. 332).

Assim, a medida provisória acautelatória foi a forma que a lei estabeleceu para garantir que no processo principal a vontade concreta da lei seria efetiva. Fica clara aqui a acessoriedade ou instrumentalidade das medidas especiais, porque a sua finalidade é assegurar que a vontade concreta da lei, que somente será declarada pelo juiz em outro processo. Essas medidas assecuratórias só deveriam perdurar enquanto houvesse risco ao direito do autor.

Chiovenda (2000, p. 334) somente admite o deferimento das medidas especiais em favor do autor, enquanto ao réu restava o direito de requerer uma indenização junto ao autor para se ressarcir de eventuais prejuízos. Essa situação era prevista no artigo 685 do código de processo civil italiano. Para garantir a reparação do dano sofrido pelo réu, o legislador inseriu a figura da contra cautela que consiste na prestação de caução por parte do autor para garantir a reparação de eventuais danos sofridos pelo réu.

Após esse breve estudo, nota-se que Chiovenda tratou as medidas especiais como forma de proteção a direito ou a um provável direito. No entanto, faltou a esse autor ligar o receio do dano à demora da obtenção da tutela judicial.

Em 1936, Calamandrei (2000, p.31-41) publicou o seu livro intitulado “Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari”, no qual afirma que o processo cautelar não possuía características e estruturas próprias. Em decorrência desse raciocínio, passou a falar em provimento cautelar e classificou as medidas cautelares em medidas de instrução antecipada, medidas para garantir a execução forçada, medidas de antecipação provisória e medidas de caução processual.

Diante dessa ausência de estrutura e peculiares próprias, o autor concluiu que a relação existente entre o provimento cautelar e o processo principal era

instrumental. Para o doutrinador, a instrumentalidade decorre da subsidiariedade do provimento cautelar, que possui a finalidade de assegurar a eficácia do processo principal. Dessa forma, o processo cautelar não poderia ser classificado como um terceiro gênero de processo.

Assim, conforme Calamandrei, a finalidade do provimento cautelar era a eliminação do *periculum in mora*, ou seja, o provimento cautelar possui, nessa concepção, uma função preventiva.

Em relação à definição da providência cautelar, o doutrinador afirma que se trata de uma “antecipação de certos efeitos da decisão definitiva” (CALAMANDREI, 2000, p. 205).

Essa antecipação seria uma forma de impedir a ocorrência do dano que pode ser decorrente da conduta do réu ou mesmo da demora processual. Calamandrei supre a lacuna deixada por Chiovenda, pois este não admitia a demora processual como perigo a ser combatido pelo processo cautelar.

Carnelutti mudou o seu entendimento ao longo do tempo sobre a definição da ação cautelar, a qual era definida como uma “sistematização de fato durante a lide”. Posteriormente, disse que a ação cautelar era a “composição provisória da lide”. Algum tempo depois alterou a definição para “garantia dos meios do processo definitivo e sua utilidade prática”. Por fim, concluiu que a finalidade era de “assegurar o equilíbrio inicial das partes” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 58).

Segundo Carnelutti (1971, p. 417), o processo cautelar deve ser classificado em processo conservativo (*mantimento en La posesión*), processo cautelar inibitório (sequestro judicial), processo cautelar restituitório (ex. reintegração de posse) e processo cautelar antecipatório (ex. sequestro conservativo).

Ao analisar o artigo 700 do Código de Processo Civil italiano, o autor afirmou que o referido artigo tratava das medidas cautelares nominadas e inominadas. As nominadas eram as previstas na seção primeira e terceira, enquanto as inominadas foram positivadas de maneira *genérica*. (CARNELUTTI, 2000, p. 239).

Carnelutti (1944, p. 387) foi o primeiro a classificar o processo cautelar como um terceiro⁷ gênero de processo ao lado do processo de execução e cognição.

⁷ El proveimiento cautelar es, por tanto, el *tertium genus* junto al proveimiento jurisdiccional y al proveimiento satisfaciente, y corresponde al tercer género de proceso por razón de la finalidad. Sin embargo, ésta es una clasificación de los proveimientos desde el lado funcional, y debe ser confundida con otras distinciones que más adelante veremos y que los consideran, en cambio, desde el punto de vista de la estructura.

A contribuição deste doutrinador italiano para o avanço no estudo do processo cautelar foi o estudo das cautelares nominadas, inominadas, do poder geral de cautela do juiz e, principalmente, a classificação do processo cautelar como um terceiro gênero de processo.

Plantadas as raízes teóricas da tutela preventiva, iniciar-se-á um estudo histórico do referido instituto no direito brasileiro e análise das influências históricas em nossa legislação.

3.4 O processo preventivo no Regulamento 737 de 1850

A preocupação com a tutela preventiva no direito brasileiro não é um fenômeno recente. O Regulamento 737 de 1850 foi a primeira lei processual não penal que surgiu no Brasil e já tratava do assunto.

No Regulamento em apreciação é possível vislumbrar o embrião que posteriormente daria azo ao chamado processo cautelar.

Em uma análise técnica, pode-se destacar que o legislador não criou uma parte geral destinada a tratar do que era comum a todas as espécies preventivas. A opção foi por positivizar medidas específicas, sendo que algumas delas persistem em nosso ordenamento até os dias de hoje. (CASEIRO, 1996, p. 61).

Entre as medidas preventivas, encontra-se o embargo ou arresto, a detenção pessoal, a exibição, as vendas judiciais, o protesto, o depósito, as habilitações incidentes nas causas comerciais e o embargo pendente à lide. O arresto podia ser requerido ao juiz quando o devedor não tivesse domicílio certo e *intentava ausentarse* ou vender os bens que possuía para não pagar a obrigação no tempo avençado.

Para o deferimento de tal medida o artigo 323 previa a realização de uma audiência de justificação prévia. Porém, a segunda parte do artigo permitia a supressão dessa audiência mediante o juramento com protesto quando houvesse perigo de ineficácia da medida. Assim, o artigo 323 do Regulamento 737 foi o primeiro dispositivo de lei brasileiro a autorizar uma decisão liminar sem a oitiva da parte contrária com o intuito de garantir a eficiência do processo.

Outra situação interessante era a possibilidade da realização da audiência de justificação prévia em sigilo, que deveria ser realizada verbalmente e os depoimentos deviam ser reduzidos a termo a teor do artigo 324.

O réu podia se opor à ação de arresto por meio dos embargos e posteriormente o juiz prolataria a sentença recorrível nos moldes dos artigos 333, 334 e 335.

Após essa breve análise, percebe-se que a audiência de justificação prévia, a liminar sem oitiva da parte contrária e o prestígio à oralidade na audiência de justificação prévia estão presentes em nosso ordenamento jurídico desde o Regulamento 737.

3.5 O processo preventivo nos códigos estaduais

Juntamente com o advento da república no Brasil, posteriormente à promulgação da Constituição de 1891, os estados federados passaram a ter competência para legislar sobre matéria processual. Nesse período compreendido entre 1891 e 1939 as leis processuais eram regulamentadas pelos Códigos Estaduais que se limitavam a sua circunscrição territorial.

As fontes inspiradoras para a confecção dos Códigos Estaduais foi o Regulamento 737, que teve seus institutos preventivos mesclados com os institutos das Ordenações Filipinas, Afonsinas e Manuelinas. (CASEIRO, 1996, p. 63).

Em relação à posição topológica, o processo preventivo em algumas leis estaduais aparece sob a rubrica “dos processos especiais” como, por exemplo, no Código de Processo Civil do Estado de Minas Gerais⁸.

Já na lei paulista⁹, as medidas preventivas são tratadas juntamente com o capítulo da conciliação. Assim, não há como se falar que houve uma linha científica única para a confecção dos Códigos Estaduais.

Praticamente não houve evolução. Foi mantida a nomenclatura genérica dos institutos. Por outro lado, é possível afirmar que a medida cautelar inominada é fruto desse momento histórico, diante da previsão genérica, cujo requisito era o “perigo fático iminente”. Trata-se de uma situação genérica diante da impossibilidade de enumerar todas as medidas necessárias. (CASEIRO, 1996, p. 65).

A contribuição desse momento histórico-jurídico foi, sem dúvida, a gênese do instituto das medidas cautelares inominadas, que surgiram para suprir a

⁸ Conferir em Código de Processo Civil do Estado de Minas Gerais (RIBEIRO, 1922, p.133.)

⁹ Conferir no Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo (LEAL, 1930, p.367 – 340).

impossibilidade do legislador positivizar todas as situações carecedoras da tutela preventiva.

4. DISTINÇÃO CAUTELAR

Nesse capítulo trataremos da tutela preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, para tanto iniciaremos o nosso estudo com a análise do CPC de 1939 e posteriormente analisaremos o código de 1973.

4.1 A medida cautelar no CPC de 1939

A Constituição de 1934 suprimiu a competência dos estados para legislar sobre matéria processual. Tal restrição também foi adotada pela Carta Magna de 1937. Novamente a competência para legislar sobre matéria processual voltou a ser exclusiva da União.

Almeida Júnior (1940, p. 353), ao analisar a supressão de competência legislativa, assevera que se trata de uma segurança para os próprios estados federados.

Nesse contexto histórico, entra em vigor o CPC de 1939, por meio do decreto Lei nº 1.608 de 18 de setembro. A “nova” lei processual, em seu Livro V, tratava dos processos acessórios juntamente com os procedimentos especiais. No título I do referido capítulo o legislador tratou das medidas preventivas.

Em relação à técnica legislativa desta-se a ausência de uma parte geral do então denominado processo acessório.

Como dito anteriormente, a preocupação com a tutela preventiva não é um fenômeno recente. Lopes da Costa (1953, p. 7), ao tratar do tema afirma que: “o passado é irreversível e o futuro é incerto,” a partir dessa premissa justifica a necessidade de se evitar “empecilhos prováveis”.

O processo “acessório” tinha a finalidade de garantir providências, que pudessem acautelar direitos passíveis de violação, antes da proposição da ação principal ou no curso dela. Podendo os mesmos ser classificados como preparatórios, preventivos e incidentes.

O processo preparatório tinha a incumbência de instruir ou fundamentar a propositura da ação principal (ex. separação de corpos). Enquanto o preventivo tinha a finalidade de evitar fraudes e assegurar a efetivação posterior do direito (ex. sequestro). Por fim, o processo incidente é aquele que se faz necessário no curso da ação (ex. embargos de terceiro). (MULLER, 1956, p. 11).

As medidas preventivas estavam descritas no artigo 676, incisos I a X, enquanto os artigos 684 a 686 informam que após o requerimento seriam realizadas as citações necessárias, com exceção do disposto no artigo 683 que autoriza a concessão da medida sem a audiência da parte contrária, quando houvesse risco de se tornar ineficaz.

O parágrafo único do artigo 684 disciplina uma instrução sumária no prazo de quarenta e oito horas, independente da contestação do pedido. Nessa audiência eram facultadas às partes a produção de provas. Na sequência, o juiz prolatava a decisão.

Sob a rubrica dos processos acessórios, o legislador enumerou as medidas preventivas, com um maior cuidado técnico na organização, diferente do que ocorria anteriormente.

As medidas preventivas típicas eram: a) busca e apreensão; b) prestação de caução; c) exibição de livro, coisa ou documento; d) vistorias ou inquirições; e) obras de conservação em coisa litigiosa; f) prestação de alimentos provisionais; g) arrolamento e descrição dos bens do casal; h) entrega de objetos pessoais à mulher, i) arresto; j) sequestro; sendo os dois últimos tratados com maior relevância. As demais medidas elencadas não eram consideradas preventivas¹⁰.

Lopes da Costa (1953, p. 11) as classificou como: a) medidas preventivas que podem ser objeto de um processo de ação; b) medidas preventivas que não podem se constituir objeto de ação, mas surgem em processo de ação; c) medidas preventivas de jurisdição voluntária que preparam material de prova para “processo” futuro.

É interessante notar que, ao tratar das medidas preventivas, o legislador deixou a possibilidade de o juiz atuar de forma preventiva mesmo quando a lei não o autorize expressamente¹¹.

¹⁰ O Código de 1939 enumerava as seguintes medidas preventivas: 1. arresto; 2. sequestro; 3. busca e apreensão; 4. prestação de caução; 5. exibição de livro, coisa ou documento; 6. antecipação de provas; 7. obras de conservação em coisa litigiosa; 8. alimentos provisionais; 9. inventário preventivo; 10. entrega de bens próprios da mulher e dos filhos em processo de ações matrimoniais; 11. nas mesmas ações, o depósito dos filhos do casal; 12. o afastamento de um dos cônjuges da morada do casal (artigo 676 – 678).

¹¹ Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II – quando, antes da decisão, fôr provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes; III – quando, no processo, a uma das partes fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

Ao analisar o mesmo artigo, Miranda (1949, p. 25) afirma o seguinte: “[...] o juiz, a par do seu dever formal de obrar, tem de examinar se o pressuposto de um dos incisos do artigo 675 exige que a medida ou algumas das medidas sejam ordenadas”.

Entre os processualistas pesquisados, nenhum diverge do entendimento de que o artigo 675 do CPC de 1939 consiste no poder geral de cautela do juiz. Também não há dúvida que é a primeira vez que tal instituto foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo a pesquisa realizada, a divergência está na raiz do instituto do poder geral de cautela. Quando tratarmos do direito romano citamos Pinto Ferreira (1983, p.103) que afirma que o poder de *imperium* do *praetor* se tratava de um poder geral de cautela. O referido autor sustenta esse raciocínio, sob o argumento de que o julgador estava restrito apenas pelas leis da cidade e pelas garantias *da Lex publica*.

Em sentido diverso, Lopes da Costa (1953, p. 15) afirma que a essência do poder geral de cautela se encontra no ZPO alemão, mais precisamente no artigo 935 ao dispor que: “são permitidas decisões provisionais sobre o objeto da lide, quando seja de recear que uma alteração do estado atual das coisas torne impossível ou dificulte essencialmente a realização do direito da parte¹²”. A postura “ativa” do juiz é reforçada pelo artigo 938 que diz: “o juiz, a seu arbítrio, resolve que medida é necessária para realizar o fim que pretende”.

Parece-nos razoável o entendimento de Pinto Ferreira, tendo em vista que o *praetor* podia deferir uma medida cautelar sem previsão expressa na *Lex publica* ou na lei da cidade. Certamente o instituto do ZPO alemão se inspirou no Direito Romano.

O poder geral de cautela foi mantido no CPC de 1973 e a princípio será mantido no “novo CPC”, atualmente em fase de elaboração. Urge perguntar se este instituto se adequa à ordem constitucional vigente em nosso país.

4.1.1 O processo acessório no regime ancião

Antes de tratarmos das distinções, é necessário deixar claro para o leitor que no CPC de 1939 ainda não se falava em processo cautelar. Diante dessa realidade,

¹² Foi mantida a redação original.

os autores da época faziam a análise das medidas cautelares, que se encontravam dentro do livro denominado do “processo acessório”. Feito esse esclarecimento prossegue-se com a exposição dos autores da época.

Lopes da Costa (1953, p. 9) já afirmava a acessoriedade das medidas cautelares diante da “dúvida acerca do direito principal invocado”. Dizia também que as medidas cautelares não eram satisfativas e que a satisfatividade deveria ser buscada no processo principal.

Outra característica era a “transitoriedade”, tendo em vista que só perdurava enquanto fosse necessária, ou seja, o tempo de duração da medida está intimamente ligado com a finalidade de se evitar um dano. No entanto é necessária a comprovação do risco de concretização do dano iminente para que haja o deferimento da proteção cautelar. (LOPES DA COSTA, 1953, p. 10).

Pontes de Miranda (1959, p. 293) denomina de transitória o *mandatum* (ordem ou comando de prestar) sem que antes haja o término do processo de cognição.

Havia também a possibilidade de requerimento de medidas antecedentes com o prazo legal de trinta dias para ajuizamento do processo principal, a teor do artigo 677 do CPC de 1939, sendo que essas possuíam a função de preparar o ajuizamento da ação principal.

Nos presentes estudos já se fez referência à figura do atentado, que possui a sua origem no direito canônico e, posteriormente, foi adotada pelo direito italiano como forma de restringir o poder do juiz.

No Código de 1939, a figura do atentado foi recebida como uma inovação para evitar danos iminentes a uma das partes na pendência da solução do conflito e podia ser suscitado pelas partes, por terceiros, ou pela autoridade judicial (juiz, desembargador, Ministro ou Tribunal).

Em se tratando de “mera ameaça de atentado” eram cabíveis as medidas preventivas constantes do artigo 675 do CPC e o mandado de segurança. (PACHECO, 1958, p.119).

É interessante ressaltar que o CPC de 1939 não possuía uma parte geral destinada aos “processos acessórios”, e tão pouco era tratado como um terceiro gênero de processo. Esse ganho teórico somente ocorreu na lei hoje vigente, que foi a primeira do mundo a tratar do processo cautelar em um livro separado.

O Código de 1939 também não conseguiu garantir ao jurisdicionado brasileiro a resposta judicial de maneira célere e com observância das garantias constitucionais-processuais. O então festejado princípio da oralidade não foi suficiente para imprimir rapidez ao trâmite processual.

Diante da insatisfação total acerca da resposta judicial, houve um grande movimento no sentido de que seriam necessárias reformas ao atual sistema e a saída foi a elaboração de um novo código de processo. Diante disso, passar-se-á à análise do processo cautelar no CPC de 1973.

4.2 O processo cautelar no CPC de 1973

Ao longo do trajeto histórico que se propôs a percorrer, percebeu-se que a saída para o combate à morosidade judicial tem sido a edição de novos Códigos de Processo. O CPC de 1973 nasceu com a incumbência de acelerar a resposta judicial. É interessante notar que o “novo código” também adotou o princípio da oralidade, ainda que mitigado, como meio de agilizar a marcha processual.

A lei processual então vigente foi idealizada por Buzaid, aluno de Liebman, e elaborado para assegurar os privilégios de uma classe dominante, com ideologias típicas do Estado Moderno e Liberal de Direito. A linha teórica adotada foi a da teoria da relação jurídica de Bülow¹³, seguida até os dias atuais pela escola que define o processo como um instrumento¹⁴ da jurisdição. (MAGALHÃES, 2011, p. 876).

A principal inovação do Código foi dedicar um livro exclusivo para tratar do processo cautelar. As leis anteriores e inclusive algumas posteriores tratavam do tema junto com os procedimentos especiais - um exemplo é o CPC de 1939 - . O Código argentino trata do processo cautelar na parte geral e o italiano¹⁵ juntamente com os procedimentos especiais. (CASEIRO, 1996, p. 78).

Na exposição de motivos, Buzaid demonstra que adotou integralmente o ensinamento de Liebman em relação ao processo cautelar. Isso pode ser percebido,

¹³ “[...] o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, ou seja, uma relação jurídica” (Bulow, 2005, p.5).

¹⁴ Baracho (2008, p.47) se opõe a ideia de processo como instrumento da seguinte forma: “O processo constitucional não é apenas instrumental, mas uma metodologia de garantia de direitos fundamentais”.

¹⁵ Diante dessa situação Carnelutti (2000, p.237) compreende o procedimento cautelar sob dois aspectos, sendo o primeiro no sentido amplo o qual abarca o procedimento cautelar e o procedimento possessório, no qual há uma situação intermediária entre o processo cautelar e o processo definitivo. No sentido estrito trata somente do procedimento cautelar.

pois o tema foi colocado no Livro III por se tratar de um *tertium genus*¹⁶. A nova classificação se justifica, porque reúne a um só tempo às funções de conhecimento e execução, cuja tarefa principal é a prevenção. É necessário destacar que o primeiro processualista a atribuir ao processo cautelar a pecha de terceiro gênero foi Carnelutti.

O próprio Buzaid, em artigo no qual discorre sobre a influência de Liebman no desenvolvimento do direito processual brasileiro, destaca a nova sistemática do processo cautelar.

Segundo Buzaid (1982, p. 19), por muito tempo, a conceituação: medidas de acessoriedade do processo preventivo, preparatórias ou incidentais eram colocadas em confronto com o processo principal. Essa crítica foi realizada com base na sistemática do CPC de 1939.

Liebman conceitua o processo cautelar como “um organismo processual que possui uma individualidade própria”. Novamente, esclarece-se que a autonomia foi atribuída por Carnelutti.

Todavia é relevante ressaltar que o CPC de 1973 foi elaborado em um momento histórico no qual não havia as garantias constitucionais que foram implementadas com o advento da Carta Magna de 1988.

A Constituição de 1988 faz referência à tutela cautelar no artigo 5º inciso XXXV, ao garantir que não será excluída da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

Depreende-se da leitura do texto constitucional que há duas espécies de tutelas: as reparativas e as preventivas, pois o texto prevê a apreciação do judiciário quando já houver ocorrido a lesão e também na iminência da ocorrência da ameaça a direito. Na tutela reparativa é indispensável a comprovação da existência do direito suscitado pelo autor, enquanto na tutela preventiva nem sempre chegará a essa discussão.

Se não houvesse uma forma de assegurar o *status quo* de uma situação até o trânsito em julgado do processo, o provimento final poderia se tornar inútil ou

¹⁶ Em sentido oposto, Câmara (2005, p.1) afirma que: “[...] o processo cautelar costuma ser indicado (sem muita precisão frise-se) como um “terceiro gênero”. Na verdade, o processo cautelar é um segundo gênero de processo, colocando-se em posição oposta à ocupada, em conjunto, pelos processos cognitivo e executivo. Isto porque esses dois tipos de processos podem ser reunidos num único gênero: o dos processos satisfativos, assim entendidos aqueles processos em que o desfecho final normal é capaz de permitir a realização do direito material.

inaplicável. Daí surge a necessidade de se prevenir o dano, principalmente quando a reparação for difícil ou impossível, sob pena de haver uma monetização do direito.

No direito coletivo essa discussão ganha uma maior importância diante da pluralidade de interessados difusos.

4.2.1 Finalidade

Ao tratar do que seria a finalidade do processo cautelar, pode-se trazer a baila tanto autores tradicionais como autores contemporâneos.

Liebman (2005, p. 277) o define como “uma terceira atividade, que tem um objetivo de auxiliar o processo principal”. Na visão do autor italiano, o processo cautelar “se destina a assegurar, garantir o curso eficaz e o resultado útil dos outros dois (execução e conhecimento), concorrendo assim, indiretamente, para a consecução dos objetivos da jurisdição”.

Nessa linha, o objetivo seria alcançado pela proteção de bens ou pessoas ou mesmo pela realização de um processo para garantir a utilidade da decisão principal como, por exemplo, a produção antecipada de provas.

Galeno Lacerda (1974, p. 33) afirma que a alvo seria o de assegurar “a realização do direito seja por meio de uma declaração ou de uma execução”.

Em uma visão contemporânea não se vislumbra grandes ganhos teóricos, como pode ser verificado na sequência.

O processo de conhecimento tem por escopo a declaração e a aplicação das consequências que decorrem da declaração. O processo executivo tem por intuito satisfazer a obrigação decorrente de um título,¹⁷ enquanto o processo cautelar visa assegurar a efetividade do processo principal (cautelar ou executivo). (GRECO FILHO, 2003, p. 153).

Gonçalves (1999, p. 89) assevera que a intenção é garantir a satisfatividade da pretensão formulada em outro processo¹⁸.

Enquanto Castro (1979, p. 7) sustenta que o intento é “manter o estado inicial de quando se originou a lide, até o final do julgamento do processo principal, dessa forma o resultado do processo principal será útil e eficaz”¹⁹.

¹⁷ Como dito anteriormente, na exposição de motivos, o processo cautelar é tratado como um “*tertium genus*” que possui funções do processo de conhecimento e execução.

¹⁸ Nesse mesmo sentido encontra-se o posicionamento de José Frederico Marques. Conferir em Instituições de Direito Processual Civil, v.5.

Na visão de Câmara (2005, p. 3) o processo cautelar tem por finalidade “assegurar de forma mediata a tutela jurisdicional, evitando a consumação do dano que poderia abalar a efetividade processual”. Assim, o processo cautelar seria um “instrumento de proteção de outro processo, a que liga, e que recebe tradicionalmente o nome de processo principal”.

Segundo Maciel Júnior, a finalidade do processo cautelar é:

[...] é PREVENIR pessoas, provas, e bens, que são objeto de disputas em um processo principal existente ou a ser proposto. Seu objetivo não é resolver o problema de mérito do processo principal, mas apenas tutelar pessoas, provas e bens para que eles não pereçam no curso do processo principal, em razão da sua demora. Justifica-se pela urgência e necessidade da atividade preventiva (MACIEL JÚNIOR, 2012, p. 3).

Nesse sentido, o escopo é preponderantemente preventivo no sentido de resguardar bens, provas ou pessoas para ao final ser entregue ao vencedor do processo principal. Assim, fica reiterada a sua função acessória ou instrumental em relação ao processo principal.

4.2.2 Ação cautelar, processo cautelar e medida cautelar

Quando o tema processo cautelar é debatido pode haver uma confusão entre o significado de “ação cautelar”, “processo cautelar” e “medida cautelar”. Diante disso, na sequência, será feita a distinção entre os institutos ora mencionados com a intenção de esclarecer cientificamente cada um.

No que tange à ação cautelar, Liebman a definia como “aquela que se destina a efetivar uma cautela, ou seja, um provimento com o escopo de proteger ou garantir a utilidade do processo principal. (LIEBMAN, 2005, p. 278).

Contemporaneamente se pode fazer menção à definição de ação cautelar²⁰ como um direito de provocar o órgão judicial competente para proteger (pessoas, provas e bens), para evitar que sobrevenha perigo ou prejuízo irreparável ou de

¹⁹ Para Silva (2008, p.579) o processo cautelar tem por finalidade “garantir a eficácia e a utilidade de outro provimento jurisdicional, o qual possui caráter satisfativo”.

²⁰ Câmara (2005, p.5) trata a ação cautelar como a “manifestação do poder de ação”. Quando for tratado o tema poder geral de cautela, será feita uma análise a respeito do termo “poder” no Estado Democrático de Direito. Nesse momento fica a observação de que o autor não abandonou a concepção de direito subjetivo que consiste no “poder” de dizer o direito em face do outro.

difícil reparação ao requerente na pendência de outro processo. (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 503).

Partindo-se da premissa que a ação cautelar é a forma de se requerer a proteção do Estado, em face de uma ameaça a um direito, deve-se questionar como será o desenvolvimento do requerimento de proteção.

Alguns autores²¹ enumeram o que chamam de condições da ação cautelar que são: a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido (MONTENEGRO FILHO, 2005, p. 80).

A respeito das condições da ação é pertinente destacar que o próprio Liebman revisitou o seu posicionamento e concluiu que as condições da ação são: o interesse de agir e a legitimidade para agir, sendo a possibilidade jurídica do pedido integrante do interesse de agir (LIEBMAN, 2005, p. 205).

Também é pertinente destacar o posicionamento de Maciel Júnior (2006, p. 163) que sustenta a inconstitucionalidade das “condições da ação” diante do texto constitucional que garante a inafastabilidade do judiciário. O argumento utilizado é que se a constituição não limitou o exercício da ação, sendo assim não caberia a uma lei infraconstitucional limitar.

O processo cautelar²² e as medidas cautelares são formas legais destinadas a proteção de bens jurídicos envolvidos no processo (GRECO FILHO, 2003, p. 153).

Antes de definir o significado do chamado processo cautelar é necessário tratar da conceituação do processo. Inicialmente destacamos que conhecemos os ensinamentos de Fazzalari (2006, p. 119) que muito contribuíram para a diferenciação dos conceitos de processo e procedimento. Segundo ele, o processo é “uma espécie de procedimento em contraditório”. Partindo-se dessa premissa, não seria tecnicamente correto falar em “processo²³” cautelar e sim em procedimento cautelar. Entretanto, esse capítulo possui a finalidade de realizar essa distinção, por isso utilizaremos a terminologia tradicional.

Nesse trabalho adotamos a definição proposta por Baracho e já anteriormente mencionada, na qual o processo consiste em “uma metodologia de garantia dos

²¹ Câmara (2005, p.4-8) também compartilha desse entendimento.

²² Não obstante a classificação proposta por Carnelutti que dividiu os processos cautelares em inibitórios, restituitórios e antecipatórios, a doutrina de forma geral consente que o processo cautelar insere-se no gênero tutela preventiva (SILVA, 1999, p.7).

²³ A escola paulista na esteira dos ensinamentos de Bülow trata o processo como “instrumento” por isso é possível encontrar a definição de processo cautelar como sendo “instrumento da função jurisdicional, que tem por escopo, através de uma prestação provisória, preparar ou resguardar a obtenção de outra tutela, esta definitiva (FADEL, 2000, p.208)”.

direitos fundamentais”. Assim, o processo cautelar é o meio constitucionalmente eleito para a obtenção da medida cautelar.

Já a medida cautelar é a proteção jurisdicional do bem objeto do processo. Segundo Câmara (2005, p. 17), a medida cautelar “é o provimento judicial capaz de assegurar a efetividade de uma futura atuação jurisdicional”.

Maciel Júnior (2012, p.4) define a medida cautelar da seguinte forma:

Medida é uma providência concreta determinada pelo juiz dentro do processo, considerando situações urgentes e necessárias que a justifiquem, o que deve ocorrer em caráter excepcional. A medida depende de a ação ter sido ajuizada pela parte, porque o juiz não pode instaurar a jurisdição por ato seu, uma vez que o princípio da demanda impõe a iniciativa do processo à parte. Portanto a medida é sempre incidental, normalmente tomada a requerimento da parte, excepcionalmente por iniciativa do magistrado.

Assim, o processo cautelar consiste no meio constitucionalmente eleito, o qual se inicia pela ação cautelar com o intuito de obter a providência concreta do juiz para proteger bens, coisas e pessoas.

4.2.3 Distinções

Este item se destina a tratar das distinções²⁴ do processo cautelar que são a autonomia, acessoriedade ou instrumentalidade, preventividade, provisoriedade e revogabilidade.

Essa diferenciação²⁵ é importante e marca a distinção entre o processo cautelar, o processo de conhecimento e o processo de execução, como poderão ser percebidos adiante.

4.2.3.1 Autonomia

Para Liebman (2005, p.275), a autonomia decorre do fato de que ela poderia ser acolhida ou rejeitada sem com isso influenciar o processo principal.

²⁴ Dias *et al* (2011, p.633) trata como princípios norteadores do processo cautelar, a autonomia, a instrumentalidade, a urgência, a provisoriedade, a revogabilidade e a fungibilidade.

²⁵ Marinoni, *et al* (2008, p.19-38) enumera as seguintes características: a) perigo de dano; b) probabilidade do direito à tutela do direito material; c) temporalidade; d) não-satisfatividade; e) instrumentalidade; f) referibilidade; g) cautelaridade e não-preventividade.

A princípio parece haver uma contradição entre a acessoriedade ou instrumentalidade com a autonomia. Para Mesquita (2002, p. 207) isso não ocorre porque o processo cautelar possui uma estrutura e finalidades próprias.

Theodoro Júnior (2011, p. 506) afirma que a autonomia²⁶ reside nos fins próprios que são alcançados independentemente da solução do processo principal. As “três espécies de atividade judicial são: cognição, execução e cautelar, sendo que a cautelar²⁷ integra o *tertium genus* de processo contencioso, concomitantemente com o de cognição e execução”.

De tal arte, o pressuposto da autonomia do processo cautelar encontra-se na diversidade de sua função diante das demais atividades jurisdicionais. Pode-se, assim, entrever no processo cautelar frente ao processo definitivo a mesma autonomia que se divisa no confronto entre um processo de execução de sentença e o prévio processo de cognição (isto quando ainda for possível, excepcionalmente, o manejo de ambos os processos em torno da pretensão oriunda do mesmo crédito). (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 506).

Por isso, todo provimento cautelar é consequência do exercício de uma ação que não se confunde com o exercício do direito de ação que visa e que busca a solução do processo principal, embora haja uma ligação entre elas.

A independência fica mais evidente quando a parte que obteve a medida cautelar não tiver reconhecida a sua pretensão na lide principal. Nesse sentido, é o artigo 810 do CPC que afirma não haver obstáculos para a propositura da ação quando for indeferida a medida cautelar.

Em sentido oposto, Câmara (2005, p. 33) defende que não se justifica mais a autonomia e assevera ser desnecessária a instauração de um processo cautelar para que haja a “prestação jurisdicional”. Dessa forma, a medida deveria ser requerida somente de forma incidental.

4.2.3.2 Acessoriedade ou instrumentalidade

²⁶ Wambier *et al* (2002, p.33), afirma que a autonomia do “processo” cautelar decorre do fato de se iniciar com uma petição inicial e terminar por uma sentença.

²⁷ Processualmente se pode falar em uma “lide cautelar”, diante do conflito entre as partes, sobre a necessidade ou não da concessão da medida preventiva. É necessário esclarecer que essa “lide cautelar” não se confunde com a lide do “processo” principal (AGUIAR, 1974, p. 564).

Os adeptos da escola paulista de processo sustentam a instrumentalidade²⁸ do processo cautelar no sentido de garantir a efetividade do processo principal, diante da necessidade de um processo de conhecimento ou execução. (LARA, 1994, p. 83).

Na mesma linha, Calmon de Passos (1984, p. 46) afirma que “o processo cautelar é o processo a serviço do ‘processo’, não o processo a serviço do direito material”.

A instrumentalidade está ligada ao fato de que o processo cautelar tem a sua existência ligada a outro “processo”. (GRECO FILHO, 2003, p. 153).

Marinoni (2008, p. 36) interpreta a instrumentalidade como uma vocação para assegurar a tutela do direito pleiteado ou que pode a vir ser pleiteado em uma ação principal (conhecimento ou execução).

Sempre haverá uma ligação do processo cautelar com outro processo, pois as medidas cautelares não são satisfativas. São apenas “conservativas de situações necessárias para que o processo principal alcance um resultado útil.” (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 504).

Gajardoni (2006, p. 22) utiliza o termo “acessório” porque segundo ele a sorte do processo cautelar seguirá a sorte do processo principal não sendo verdade o inverso.

Os autores citados anteriormente não fornecem nenhum argumento que realmente diferencie a acessoriedade da instrumentalidade. Segundo consta-se na pesquisa realizada, acredita-se que a utilização do termo “acessória” encontra subsídio no CPC de 1939, que denominava os procedimentos preventivos e preparatórios como acessórios.

4.2.3.3 Preventiva

Desde o interdito do direito romano, há uma preocupação com a tutela preventiva de bens, coisas e pessoas, decorrente da demora judicial.

O processo cautelar se ocupa de resguardar uma situação jurídica necessária ao exercício de um direito futuro como, por exemplo, a produção antecipada de provas. (LEAL, 2009, p. 174).

²⁸ A escola paulista sustenta que se trata de um caráter “instrumental”, pois visa garantir a integridade do processo principal (CAMPOS, 1989, p.5).

Por isso é permitida a instauração de modo preventivo, preparatório ou incidental com a finalidade de assegurar os efeitos de uma futura sentença ou de uma sentença já prolatada ou mesmo para garantir a efetividade do procedimento em trâmite ou a ser iniciado.

4.2.3.4 Provisoriedade

Liebman (2005, p. 279) também afirma o caráter provisório²⁹ do processo cautelar, pois esse se destina a durar por um tempo limitado. Assim, quando o processo principal findar-se, será possível reconhecer a existência ou inexistência do direito, sendo assim possível revogar a medida cautelar.

A provisoriedade se liga ao fato de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar irá durar por um espaço de tempo limitado. Assim, a medida cautelar desde o momento do seu surgimento já possui uma previsão de término (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 505).

Significa essa provisoriedade, mais precisamente, que as medidas cautelares têm duração temporal limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo. Por sua natureza, estão destinadas a ser absorvidas ou substituídas pela solução definitiva de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 505).

Esse período transitório de duração é importante para a preservação de uma situação até que sobrevenha a decisão definitiva. Assim, o processo cautelar pressupõe duração limitada entre a sua decretação e a decretação do provimento principal ou definitivo. Certo é que a medida cautelar será absorvida ou substituída pela decisão do processo principal.

O provimento cautelar é neutro em relação ao resultado do processo principal “muito embora visem a resguardar as pessoas e coisas do processo e a assegurar o êxito da futura execução”. (BARROS, *apud* THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 505). A título de exemplo pode-se citar o arresto que desaparece e dá lugar a penhora

²⁹ No mesmo sentido Calamandrei (2000, p.24-25) sustenta que a provisoriedade é um critério distintivo dos procedimentos cautelares em relação aos procedimentos de conhecimento e de execução. Para Calamandrei a provisoriedade possui um caráter interino, diferindo-se da temporalidade que pode ser definida como aquilo que não dura para sempre.

Com isso, o processo cautelar não perde a feição preventiva e provisória³⁰ com a única incumbência de evitar que o processo principal seja inútil (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 505).

A provisoriedade³¹ é uma característica, tendo em vista que se trata de um processo auxiliar³² do processo de conhecimento e de execução, que é utilizado para assegurar direitos expostos a danos iminentes e irreparáveis (LEAL, 2009, p.173).

Na visão de Marinoni (1992, p.65), a provisoriedade se liga a uma situação de perigo que pode tornar o provimento do processo principal, inócuo.

Dessa forma, os efeitos da decisão irão perdurar enquanto perdurar a situação de perigo a pessoas, coisas, bens ou até que sobrevenha o término do processo principal.

4.2.3.5 Revogável

A decisão prolatada em sede de processo cautelar não faz coisa julgada material, ou seja, a qualquer momento é possível rediscutir e mudar o seu conteúdo.

Por se tratar de provimento emergencial de segurança, há possibilidade de substituição, modificação ou revogação a qualquer momento. É necessário ainda dizer que não se pode falar em decisão de mérito nas ações cautelares, pois elas não versam sobre a lide principal. (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 505).

A mutabilidade e a revogabilidade decorrem da própria natureza e objetivos do processo cautelar, diante do desaparecimento da situação que levou ao deferimento da medida.

A revogação ou modificação das medidas cautelares, não podem ser feitas de ofício³³. É necessário que haja o requerimento de uma das partes com argumentos suficientes para convencer o magistrado (GONÇALVES, 1999, p. 89; MARQUES, 2000, p. 475).

³⁰ Provisórias porque duram até que venha a medida definitiva ou até o momento que for necessário (GRECO FILHO, 2003, p.153).

³¹ “É provisório justamente porque atinge uma situação que deverá ser decidida em processo específico” (GUIMARÃES, 1987, p. 21).

³² A concepção tradicional é que o processo cautelar possui a finalidade de assegurar dentro do possível, a eficácia prática do processo de conhecimento e execução (BARBOSA MOREIRA, p.301, 2005).

³³ Câmara (2005, p. 27) defende a possibilidade de revogação da medida cautelar de ofício pelo juiz. Entretanto o autor não aponta nenhum fundamento para embasar o seu posicionamento.

Após a apresentação dos argumentos de uma das partes para cessar a eficácia da medida cautelar, cabe ao magistrado decidir de maneira fundamentada,³⁴ expondo as razões de fato e de direito que o conduziram na decisão.

4.2.4 Requisitos

O processo cautelar é autônomo e auxiliar dos processos de conhecimento e execução, que possuem a tarefa de evitar o perecimento ou a concretização do dano a direitos.

Não se exige a demonstração indubitável da existência do risco, porque o direito que se visa assegurar, em regra, é litigioso e a sua titularidade somente será conhecida após o trânsito em julgado do processo principal.

Desta forma, o provimento cautelar só pode ser proferido quando restar demonstrado o *fumus boni iuris* (plausibilidade do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo da demora jurisdicional) (LEAL, 2009, p. 173).

Os autores mais tradicionais, inspirados em Carnellutti, dizem que o *fumus boni iuris* é a verossimilhança do direito material alegado, que será acertado na ação principal já ajuizada ou que será ajuizada. (NOGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 99).

Essa aparência do bom direito consiste na expectativa ou possibilidade da existência do direito invocado pelo autor, cuja verificação é realizada em um juízo superficial em razão da provisoriedade da medida. Salienta-se ainda que o *fumus boni iuris* não é um “prognóstico” da existência do direito invocado, mas uma probabilidade que justifica a medida. (GRECO FILHO, 2003, p. 155).

Já no *periculum in mora* o que deve ser demonstrado é o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, mutação das pessoas, bens ou provas são ônus do requerente. (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 513).

O receio de dano não está adstrito à esfera subjetiva do requerente, sendo assim, deve ser demonstrado de forma crível na estrutura procedimental.

O perigo da demora é a probabilidade de ocorrer um dano a uma das partes de atual ou futura ação principal, decorrente da demora do trâmite processual. (GRECO FILHO, 2003, p. 155).

³⁴ A questão da fundamentação das decisões no Brasil consiste em uma exigência Constitucional.

4.2.5 Oportunidades para requerer a providência cautelar

O teor do artigo 796 dita: “o processo cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.” (). Assim, pode-se dizer que é possível a sua instauração de forma incidental, ou preparatória. Entretanto, em ambos os casos serão dependentes do processo principal.

Silva (1999, p. 101) leciona que será possível a instauração sempre que houver a necessidade de “proteger a relação processual existente no processo de conhecimento ou execução”.

4.2.6 Poder geral de cautela

Os limites da atuação do magistrado sempre foram objeto de estudos e questionamento. Segundo esta pesquisa, o primeiro traço desse instituto encontra-se no direito romano, onde o *praetor* tinha a sua atuação limitada pela lei da cidade e pela *Lex publica*. Esse instituto se fez presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o regulamento 737 e “sobreviveu” a todas as reformas e edições de novas leis.

É pertinente destacar, a posição de Maciel Júnior (2006, p. 117) acerca do “poder”. Para o referido autor, no Estado Democrático de Direito, há um esvaziamento da ideia de “poder” conferido a indivíduos, ou seja, o “poder” é deslocado para a norma que atribui competências de poder aos indivíduos.

Essa visão trás, sem dúvida, um grande avanço para o estudo da responsabilidade civil, porque se o indivíduo agir fora da competência de poder atribuída pela norma, a responsabilização passa a ser pessoal.

O poder geral de cautela, como se conhece hoje, foi importado do direito alemão, porém com a vigência da Constituição de 1988 é necessário interpretar o dispositivo à luz dos novos paradigmas.

O CPC de 1973, trás a possibilidade de o juiz determinar medidas provisórias que não estejam na legislação, com o intuito de evitar lesão grave de difícil reparação. O juiz estaria livre para autorizar ou proibir a prática de atos, ordenar a guarda judicial de pessoas, depósitos de bens e imposição de caução. (GRECO FILHO, 2003, p. 156).

Para Greco Filho (2003, p.156) a constitucionalidade do artigo encontra fundamento na impossibilidade do legislador prever todas as hipóteses de perigo a bens jurídicos e sua proteção.

Carpina (2003, p. 158) leciona que o poder geral de cautela, tem os seus limites demarcados para a concessão de medidas "verdadeiramente" cautelares, quando não houver medida típica e a limitação imposta pelas cautelares nominadas.

Leal (2009, p. 174) faz uma crítica à terminologia e afirma que não se trata de um poder, mas de um dever de cautela, tendo em vista que a lei imputa ao juiz a obrigação de prestar a jurisdição.

É necessário cuidado para que o instituto não seja transformado em um protagonismo judicial. Alguns autores, com o intuito de garantir a efetividade do processo exageram na interpretação do referido instituto. Como, por exemplo, ao destinar a decisão discricionária³⁵ ao seu prudente arbítrio na apreciação da existência da ameaça e do perigo de ineficácia do provimento final. (TESHEINER, 1974, p. 44).

Silva (2008, p. 589) define o poder geral de cautela³⁶ como um poder atribuído ao juiz para conceder medidas cautelares atípicas para proteger um suposto direito de um dos litigantes que se encontra em perigo.

Diante disso, à luz da Constituição, pode-se afirmar que o juiz possui competência de poder para conceder a medida cautelar, quando esta não estiver descrita em lei. Todavia, a concessão dessa medida encontra limites no ordenamento jurídico brasileiro.

4.3 Da antecipação da tutela

É uma preocupação mundial a entrega da atividade jurisdicional rápida e eficaz. A agilização³⁷ da justiça tem sido a viga mestra de todas as reformas processuais ao redor do mundo. Como dissemos no capítulo 1, o grande desafio é

³⁵ Streck (2009, p. 11) defende que o juiz está adstrito ao ordenamento jurídico, não possuindo assim discricionariedade para decidir. No mesmo sentido Edward Carlyle Silva (2008, p.586) afirma que esse "poder" não é discricionário, pois é necessária a presença do *fumus boni iuris, periculum in mora* além da inexistência de medida cautelar típica.

³⁶ O autor divide o poder de cautela em específico e geral, sendo o específico quando a medida concedida é típica, já o poder geral é constatado quando há o deferimento de medidas cautelares atípicas (SILVA, 2008, p.585).

³⁷ Bacon citado por Aragão (1996, p. 195) disse o seguinte: "se a injustiça da sentença a faz amarga, sua demora torna-a azeda."

alcançar a celeridade processual sem afrontar as garantias constitucionais-processuais.

A lei 8.952 de 1994 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da antecipação de tutela³⁸. A referida lei foi elaborada com a incumbência de garantir a efetividade³⁹ do processo por meio de uma tutela de caráter satisfativo⁴⁰.

Esse instituto foi introduzido no sistema brasileiro para satisfazer os “anseios sociais” e para alcançar a sonhada efetividade do processo, diante da insatisfação com os resultados da tutela cautelar. (CARMIGNANI, 2001, p. 53).

A inserção desse instituto no Brasil suscitou diversos debates acerca da sua constitucionalidade, e também foi objeto de debate, a terminologia utilizada pelo legislador.

Barbosa Moreira (2001, p. 5) criticou a utilização da expressão tutela antecipatória por não haver respaldo gramatical e/ou legal. Em sua crítica afirma: “se por ‘tutela’ se entende a proteção dispensada ao litigante, é intuitivo que ela não pode constituir sujeito, mas apenas objeto da antecipação.”

Alguns anos mais tarde, a Lei 10.444 de 2002 alterou o artigo 273 do CPC e trouxe a possibilidade do juiz deferir uma providência de natureza cautelar quando requerida em sede de antecipação de tutela.

A antecipação de tutela⁴¹ depende da prova inequívoca para convencer o juiz da verossimilhança das alegações do autor. Também é necessário que seja satisfeito o requisito do fundado receio com risco de dano irreparável ou de difícil reparação ou que reste comprovado o abuso do direito de defesa.

Com a introdução desse novo instituto foi feita mais do que uma reforma no sistema processual vigente. Houve a quebra do sistema, porque a partir de 1994, no processo de conhecimento, passou a existir a possibilidade de uma tutela satisfativa

³⁸ Na França foi concebido um modelo de antecipação de tutela que prevê um procedimento diferente e próprio. A antecipação da tutela é requerida antes mesmo do início do processo ordinário. Esse é o chamado *refere* e esta previsto nos artigos 808 e 809 do Nouveau de Procédure Civil (DORIA, 2000, p.46).

³⁹ “A efetividade do direito, que engloba a do processo, decorre da aplicação dos conteúdos previstos e tutelados pela lei do que resulta sua concretização (fruição). [...] A efetividade do processo decorre da observância dos direitos institutivos do devido processo constitucional na aplicação dos procedimentos estruturados no ordenamento jurídico, e não somente da observância do direito a duração razoável do processo (celeridade), como se tem procurado (CASAGRANDE, 2009, p.96)

⁴⁰ A respeito do tema, Armelin (1997, p.45) diz o seguinte: “A inserção dessas técnicas diferenciadas tem a finalidade de atender ao anseio de uma atividade judicial célere e com natureza satisfativa”.

⁴¹ Braga *et al* (2010, p.300) utiliza a expressão “antecipação dos efeitos da sentença”, pois o que será antecipado são os efeitos e não a tutela definitiva.

e, posteriormente, com a reforma de 2002 passou a ser possível a tutela preventiva no bojo do procedimento de conhecimento. (GUERRA, 2001, p. 59).

Pensa-se ser este posicionamento equivocado, tendo em vista que o legislador tornou possível a aplicação da fungibilidade. Contudo, é necessário analisar se o juiz pode conceder algo diverso do que foi pedido. A princípio, entende-se que tal decisão seria *citra* ou *ultra petita* e não observa os limites legais impostos a atuação do magistrado.

4.3.1 Distinções

Com o intuito de aprofundar o estudo acerca da antecipação da tutela, na sequência serão feitas as distinções necessárias acerca do instituto em questão. Inicialmente, cumpre destacar que a antecipação da tutela se caracteriza pela sua provisoriedade, revogabilidade e reversibilidade.

O caráter provisório da tutela antecipada bem como das medidas cautelares não decorre de uma provável conversão da satisfação provisória em definitiva. (ARRUDA, 2006, p. 380).

Essa duração, por um período determinado, consiste em uma precaução necessária por um determinado espaço de tempo com a intenção de garantir a utilidade e efetividade do provimento definitivo. (CARNEIRO, 2010, p. 138).

Em outras palavras, pode-se afirmar que a provisoriedade consiste na duração, por um espaço de tempo, de uma decisão que possui limitações legais, a qual a qualquer momento poderá ser modificada ou revogada.

Já a possibilidade de revogação decorre do fato de que a antecipação da tutela não é a decisão final da demanda. Dessa forma, o provimento que se concede é baseado em um juízo de probabilidade. (ALVIM, 1996, p. 178).

Diante dessa característica de cognição superficial, seria temerário se a decisão não pudesse ser revista, sob pena de causar um dano a parte contrária.

Por sua vez, o cancelamento do provimento pode ser requerido por uma das partes em qualquer momento da marcha processual, sendo vedado ao juiz revogá-la de ofício. A decisão que revogar a antecipação da tutela deve ser fundamentada⁴² (ALVIM, 1996, p. 178).

⁴² O dever de fundamentar é imposto ao judiciário pela Constituição. (ARAGÃO, 1996, p. 201).

A questão da fundamentação das decisões judiciais encontra amparo na Constituição, que preceitua que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas. (MALLET, 1998, p. 105).

Machado (1998, p. 473) trata a reversibilidade como um requisito a ser observado para o deferimento da antecipação. A justificativa constitucional para esse entendimento seria o princípio do devido processo legal, pois se uma das partes for privada da liberdade ou de seus bens de forma irreversível, restaria ofendida a garantia.

Nesse sentido, Zavaski (1996, p. 162) assevera que antecipar a tutela irreversível⁴³ seria como “antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o direito fundamental de se defender, exercício esse que restará inútil caso a tutela seja impossível de se reverter”.

4.3.2 Requisitos

Neste capítulo, serão analisados os requisitos autorizadores da antecipação de tutela, com a finalidade de analisarmos cientificamente a constitucionalidade diante do paradigma imposto pela Constituição Federal.

4.3.2.1 Prova inequívoca

O legislador deixou expresso na lei os requisitos que devem ser satisfeitos para a concessão da antecipação da tutela. São estes: a existência de prova inequívoca, a verossimilhança, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório. Na sequência, cada um desses requisitos será estudado.

Para Santos (1999, p. 327) a prova inequívoca é mais do que a alegação da ocorrência de fatos. É necessária a demonstração da existência ou ocorrência do fato alegado. “[...] o juiz quer e precisa saber da verdade dos fatos afirmados pelos litigantes. Assim surge a necessidade de provar a existência dos fatos.

A prova inequívoca, para Oliveira (2001, p.52), é aquela “unívoca, que não aceita, portanto, contraprova, que não ostenta controvérsia”. Para que haja a

⁴³ CARREIRA, Alvim (1997, p. 173), entende que a irreversibilidade é um pressuposto negativo da antecipação da tutela.

univocidade da prova é necessária a instauração do contraditório. Assim, é mais do que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que são requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar.

Caso seja adotado o posicionamento de Oliveira, não seria possível falar em antecipação de tutela sem a oitiva da parte contrária. Tal entendimento chama atenção, porque, em determinadas situações, a instalação do contraditório tornará inócua a liminar.

4.3.2.2 A verossimilhança das alegações

O termo verossimilhança é utilizado pelos processualistas corriqueiramente, embora ainda não tenha sido feita uma análise minuciosa do seu real significado. Segundo França (2001, p.180), verossímil seria um “grau fraco de verdade”, por isso somente pode dar azo a juízos provisórios, enquanto para Milhoranza a verossimilhança seria algo com aparência de verdade.

Desde os primórdios filosóficos como Aristóteles, há discussões filosóficas sobre a verdade e sobre a certeza absoluta. Alguns chegaram a afirmar que o processo judicial não é o meio hábil para se apurar a verdade real e absoluta, e que na sentença o que se obtém é apenas a verossimilhança (MILHORANZA, 2006, p. 162).

Antes de investigar o significado da expressão verossimilhança, será feito um breve estudo histórico com o objetivo de expor os significados e a sua utilização ao longo do tempo.

Abbagnano (2007, p. 1000), ao fazer um estudo filosófico do tema, ensina que verossímil⁴⁴ é “[...] o que é semelhante à verdade⁴⁵, sem ter a pretensão de ser verdadeiro (no sentido, p. ex., de representar um fato ou um conjunto de fatos).”

Na sequência Abbagnano (2007, p. 1000) conclui da seguinte forma:

Nesse sentido, verossímil é o caráter de enunciados, teorias e expressões que não contradigam as regras da possibilidade lógica ou as das possibilidades teóricas ou humanas. Um acontecimento humano imaginado

⁴⁴ gr. εἰτόχος ; lat. *Verisimiles*; in. *Likely*, fr. *Vraisemblable*, ai. *Wahrscheinlich*; it. *Verisimile*). Nicola ABBAGNANO (2007, p. 1000).

⁴⁵ Saber o significado da palavra verdade não é uma tarefa fácil, na filosofia encontram-se cinco explicações para o referido termo que são: a) verdade como correspondência; b) verdade como revelação; c) verdade como conformidade a uma regra; d) verdade como coerência; e) verdade como utilidade (ABBAGNANO, 2007, p. 994).

é verossímil se for considerado compatível com o comportamento comum dos homens ou encontrar explicações ou respaldo nesse comportamento.

Chama atenção a definição de Abbagnano, quando este nos informa que o verossímil não tem a pretensão de ser verdadeiro, sendo a verossimilhança uma análise da possibilidade lógica, humana e teórica. A definição de Abagnano parece não dar subsídio ao magistrado para proferir uma sentença de mérito, pois o seu grau de certeza é baixo.

Popper (1965, p. 237) diferencia verossimilhança e probabilidade. Segundo o referido autor, a verossimilhança consiste na aproximação da verdade abrangente e, dessa forma, combina a verdade e o conteúdo. Já a probabilidade seria a aproximação da certeza lógica por meio da gradual diferença de conteúdo. Portanto, a probabilidade, segundo Popper, é a combinação entre a verdade e a falta de conteúdo.

Em outra obra, o autor explica o significado de verossimilhança como “aproximação da verdade” e, posteriormente, afirma a existência de graus de verdade “[...] ao contrário, acredito que simplesmente não podemos dispensar algo com a ideia de uma melhor (ou pior) aproximação da verdade.” (POPPER, 1982, p. 260).

Segundo Popper, para alcançarmos a verossimilhança, seria necessário teorizar e por meio da crítica propor uma “verossimilhança melhor”. Para o filósofo seria necessário analisar o que foi dito nos autos juntamente com as provas. Dessa forma, não seria possível a utilização da verossimilhança em um procedimento sumarizado.

Kant, por sua vez, define verossimilhança da seguinte forma:

[...] verossimilhança é uma verdade, embora conhecida por razões insuficientes; verdade, pois, cujo conhecimento é deficiente, mas nem por isso é enganador, não devendo, por conseguinte, ser separado da parte analítica da lógica (KANT, 2001, p. 321).

Diante do que foi exposto anteriormente, tem-se que a verossimilhança possui uma ligação com a “verdade”. Entretanto, na filosofia, “a verdade” não é um assunto acerca do qual há um consenso. Com a ação de tentar aclarar o instituto, a seguir será feito um estudo acerca dos conceitos de verdade elaborados pela filosofia, para depois esboçar um conceito sobre o significado processual da verossimilhança.

4.3.2.3 Teorias da verdade

O propósito desse tópico é trazer, à baila, o significado jurídico da verossimilhança das alegações. A princípio, os juristas a tratam como “aparência da verdade”, “forte convicção”, “certeza relativa” dentre outras definições. Contudo, para tratar de algo que possui a “aparência de verdade”, é necessário definir o que é a verdade.

Estudar o que é a “verdade” na filosofia é bem instigante, pois nos deparamos com cinco teorias que pretendem explicar o que é ela. Encontramos a teoria da verdade como correspondência; a teoria da verdade como revelação; a teoria da verdade como conformidade a uma regra; a teoria da verdade como coerência; e a teoria da verdade como utilidade. Cada uma dessas teorias possui uma importância na história da filosofia, todavia a verdade como correspondência e a verdade como revelação são as mais difundidas.

Os conceitos⁴⁶, citados anteriormente, não são alternativos. É possível que um filósofo utilize mais de uma dessas definições, porém os propósitos serão diferentes.

A verdade como correspondência é o conceito mais antigo e divulgado, foi formulado por Platão, com a intenção de definir o discurso verdadeiro, da seguinte forma: “verdadeiro é o discurso que diz as coisas como são; falso é aquele que as diz como não são.” (ABBAGANO, 2007, p. 1003).

Já para Aristóteles citado por Abbagnano (2007, p.1005): "negar aquilo que é e afirmar aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é a verdade."

A coexistência entre duas definições é comum. Pode-se observar que a teoria da correspondência em muitos momentos é acompanhada da teoria da verdade como manifestação ou revelação.

Abbagnano (2007, p. 1006) cita, a título de exemplo, Santo Agostinho que:

⁴⁶ No direito penal há o princípio da verdade real, segundo Alencar *et al*, (2009, p.48) esse princípio informa que o juiz deve buscar a reconstrução da verdade dos fatos superando assim a desídia das partes na colheita das provas. Entretanto admite que a verdade, na maior parte das vezes, é algo inalcançável. Em relação ao tema, Nucci (2005, p.94) afirma que no processo penal não se pode conformar com a verdade formal (resultante dos argumentos e provas trazidos pelas partes). Assim cabe ao juiz a busca pela verdade real que é a realidade mais próxima da realidade. Em sentido oposto, Baptista (2001, p.204) afirma que a verdade real é um mito, diante da impossibilidade de alcançá-la. Outro aspecto é que se o julgador ficar incumbido de buscar a verdade real consequentemente haverá a quebra da imparcialidade que resultará na contaminação da decisão.

[...] por um lado, define a verdade como "aquilo que é como aparece" (Solíl, II, 5) e por outro considera como verdade "aquilo que revela o que é, ou que se manifesta a si mesmo"; nesse sentido, identifica a verdade com o Verbum ou Logos, que é a primeira manifestação imediata e perfeita do ser, ou seja, de Deus.

O conceito de verdade como correspondência nunca esteve ausente na história da filosofia. No realismo, a concepção de verdade é como "coincidência com um objeto que deve ser entendido como tal." Hartman citado por Mora (2007, p. 294) estende o conhecimento como "reflexão do ser sobre si mesmo" .

Os lógicos contemporâneos procuram reformular a teoria da correspondência, com o intuito de desvinculá-la da metafísica.

Alfred Tarski, de forma clara recorreu à definição aristotélica acima, além de outras definições análogas ou dependentes delas, como aquela que afirma que: 'um enunciado é verdadeiro quando designa um estado de coisa existente.' (TARSKI, 2006, p. 87).

Tarski partiu da equivalência de gênero como, por exemplo: "a neve é branca é verdadeiro se, e somente se, a neve for branca". Dessa forma, verdadeiro é o enunciado que satisfaz todos os seus objetos. "A noção semântica de verdade, nada implica quanto às condições nas quais um enunciado como "a neve é branca" pode ser asseverado". (TARSKI, 2006, p. 87). A única implicância é que os enunciados correlatos serão analisados a partir do que foi classificado como verdadeiro ou falso.

A definição da verdade como revelação ou manifestação é composta por duas formas fundamentais: uma empirista e outra metafísica ou teleológica. Os empiristas sustentam que a verdade é "o que se revela imediatamente ao homem, sendo, portanto, sensação, intuição ou fenômeno". Enquanto a metafísica ou teológica afirma que a verdade "se revela em modos de conhecimento excepcionais ou privilegiados, por meio dos quais se torna evidente a essência das coisas, seu ser ou o seu princípio (deus)" (MORA, 2007, p. 1300).

A principal característica é o destaque dado à evidência que assume simultaneamente o papel de definição e critério da verdade. No entanto, a evidência é somente a revelação ou manifestação. (ABBAGNANO, 2007, p. 1006).

Em outro sentido, a interpretação metafísica ou teleológica da verdade como correspondência é oriunda do conceito da verdade como manifestação do ser ou do "princípio supremo." (ABBAGNANO, 2007, p. 1006).

Para Hegel citado por Abbagnano (2007, p. 1006):

A 'ideia é a verdade, porque a verdade é a correspondência entre a objetividade e o conceito'. 'A ideia é a 'objetividade do conceito', a racionalidade do real, mas à medida que se manifesta a consciência na sua necessidade, ou seja, como saber ou ciência.' (ABBAGNANO, 2007, p. 1006).

A definição de verdade como conformidade a uma regra ou conceito para Platão consiste em, tomar um fundamento que se considera mais sólido e considerar tudo o que estiver de acordo com o fundamento eleito como verdadeiro, e o que não parecer com o paradigma como não verdadeiro.

Em relação a essa definição de verdade, Santo Agostinho citado por Abbagnano (2007, p. 1007) diz o seguinte: "acima da nossa mente há uma lei chamada verdade e que nós podemos julgar todas as coisas em conformidade com essa lei, que, no entanto escapa a qualquer juízo."

Pode-se citar também, o posicionamento de Kant (2001, p.76), anteriormente mencionado, que adota como critério de verdade o pensamento em geral, e a conformidade com as leis gerais necessárias para o intelecto. Nessa concepção, o que contradiz essas leis é falso.

Todavia, esse critério formal não basta para estabelecer a verdade material, ou objetiva, do conhecimento; aliás, a tentativa de transformar esse cânone de avaliação formal em órgão de conhecimento efetivo não passa de uso dialético, ou seja, ilusório da razão (ABBAGNANO, 2007, p. 1007).

O critério acolhido e aprimorado pelos neokantianos considera que o objeto do conhecimento não é determinado por uma realidade externa, mas sim pelo próprio conhecimento. Assim, a conformidade a uma regra tornou-se o único critério de verdade.

O conceito de verdade como coerência emergiu no movimento idealista inglês da segunda metade do século XIX, sendo compartilhada por todos que participaram desse movimento nos Estados Unidos e na Inglaterra (MORA, 2007, p. 1402).

A verdade como coerência surgiu na lógica em 1888; a crítica inicial era de que aquilo que era contraditório não podia ser real, conseqüentemente a verdade era a coerência perfeita. (MACHADO, 1999, p. 57).

A definição da verdade, como utilidade, encontra alicerce na filosofia da ação, especialmente no pragmatismo. O primeiro a formular o conceito da verdade como

utilidade foi Nietzsche, que conforme citado por Machado (1999, p. 93), para ele, verdadeiro era aquilo útil para a preservação da humanidade.

Segundo esse conceito de verdade, qualquer que seja a proposição, só será verdadeira se for útil para aumentar o conhecimento ou se for um meio para o homem aumentar o seu domínio.

4.3.2.4 A verdade processual

Leal (2010, p. 218), ao tratar da questão da verdade, o faz com base nos ensinamentos de Popper, o qual sustenta que a verdade consiste na busca da “melhor solução”, que deve ser feita pela:

[...] a exclusão de um saber prévio (nomológico-causal ou monológico - racional - compreensivo) que pode produzir respostas carismáticas, prodigiosas, sensitivas ou clarividentes, próprias de mentes mágicas e privilegiadas de uma “sociedade tribal. Por isso é que a aceitação da **verdade como correspondência aos fatos**, ou melhor, de uma teoria de que ‘uma afirmação é verdadeira quando corresponde aos fatos’ ou com estes está em conformidade, há de ser analisada com certos cuidados quando se cogita da reflexão popperiana. (LEAL, 2010, p.218).

Leal diferencia os ensinamentos de Popper e Tarski da seguinte forma:

Tarski ao preconizar que ‘uma afirmação é verdadeira quando corresponde ou está em conformidade com os fatos’, fez tal asserção no sentido do senso comum, não de sustentação absoluta de verdade (um critério geral de verdade) ou, como adverte Popper, não no sentido de um ‘método geral pelo qual possamos decidir relativamente a uma dada proposição se é ou não verdadeira’(LEAL, 2010, p.218).

Nesse sentido, a verdade somente seria alcançada após o confronto das teorias com os fatos por meio da refutabilidade. A verdade seria o que é “democraticamente (processualmente) pré-decida no âmbito legislativo como direitos líquidos e certos (não transgressores de uma ‘regra suprema’ do método crítico”. Partindo dessa ideia de verdade, buscar-se-á elaborar um conceito de verossimilhança, porém, antes, outros posicionamentos doutrinários serão analisados.

Os processualistas debateram muito após a reforma para explicar o que seria a “verossimilhança das alegações”. Segundo Cunha (1996, p.817), verossímil significa ver- o- ssímil, seria como ver a verdade.

Dentre outros posicionamentos, pode-se destacar, a conceituação de verossimilhança como uma forte convicção, como uma relação entre os fatos invocados e os fundamentos jurídicos, como uma certeza relativa.

Segundo Carneiro (2002, p. 26), a verossimilhança consiste na forte convicção em relação às questões de fato e de direito juntamente com a norma invocada. Ao concluir seu estudo acerca do tema, nos informa que se trata de um conceito relativo e que a sua interpretação pode variar de julgador para outro. Diante desse relativismo, propõe a fixação de uma “margem de risco” para a concessão de medidas urgentes. Sugere que o julgador observe as necessidades da vida atual e a utilização de “alta dose de bom senso” e “discernimento”.

Dias *et al* (2011, p. 326) leciona que :

[...] relação entre os fatos descritos na inicial e os fundamentos jurídicos. Assim a verossimilhança da alegação aponta no sentido de possibilidade do direito alegado ser plausível ou provável, pelos documentos apresentados e pelos fundamentos jurídicos.

Já Zavascki (1997, p. 55) ensina que verossimilhança consiste em uma certeza⁴⁷ “relativa” em relação à verdade dos fatos⁴⁸. Adiante, faz uma distinção entre o fato certo e verossimilhança, tendo em vista que se possuírem o mesmo significado estaremos diante de uma contradição. Explica o autor que a lei não exige uma comprovação da verdade absoluta, porque a verdade sempre será relativa mesmo após a conclusão da instrução. O referido autor concluiu afirmando que basta “uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de certeza.”

⁴⁷ Em relação ao estudo da certeza, Gadamer *apud* Milhoranza (2006, p. 163). “Na verdade, há muitas formas de se ter certeza. O modo de certeza porporcionada por uma certificação alcançada por meio da dúvida é diferente dessa certeza vital imediata de que se revestem todos os objetivos e valores da consciência humana, quando se elevam a uma pretensão de incondicionalidade. Mas, com mais direito a certeza alcançada na própria vida distingue-se da certeza da ciência. A certeza científica sempre tem uma feição cartesiana. É o resultado de que uma metodologia crítica, que procura deixar valer somente o que for indubitável. A certeza, portanto não surge da dúvida e de sua superação, mas já se subtrai de antemão à possibilidade de sucumbir à dúvida.” Ao analisarmos as palavras de Gadamer acima se percebe que o seu pensamento está intimamente ligado aos ensinamentos cartesianos. Descartes alerta para que seja evitada a precipitações e a prevenção. Segundo o referido autor a precipitação seria o julgamento antes da evidência (MILHORANZA, 2006, p. 162-163 *apud* DESCARTES, 1989, p.37). Gadamer (1999, p. 701) em outro momento equipara a verossimilhança à evidência como podemos ver a seguir: “[...] o conceito da evidência pertence à tradição retórica. O *eikos*, o *verosimile*, o verossímil, o evidente, formam uma série que só pode defender sua própria justificação, face à verdade e à certeza do que está demonstrado e sabido”.

⁴⁸ Na mesma linha, Santos (1952, p. 370) entende a verossimilhança como a “aparência da verdade com que nos apresenta algum fato.

Marinoni (1998, p. 155), ao tratar do artigo 273 do Código de Processo Civil, afirma que a prova inequívoca⁴⁹ é aquela capaz de convencer o julgador da verossimilhança das alegações. Sendo assim, a prova inequívoca deve ser entendida como “prova suficiente para o surgimento do verossímil”.

Na sequência, o autor afirma que juntamente com o pedido de antecipação de tutela o autor pode se valer de prova documental, de prova testemunhal ou pericial anteriormente realizada, além da possibilidade da inspeção judicial (MARINONI, 1998, p. 155).

Rodrigues, ao tentar explicar o que seria a definição de verossimilhança, opta pelo conceito da probabilidade por causa do equilíbrio.

É, pois, algo mais que a simples fumaça do bom direito (processo cautelar) e algo menos que a exigência de liquidez e certeza do direito (mandado de segurança). Assim trata-se sempre de um juízo de probabilidade (RODRIGUES, 2003, p.210).

Vieira (2002, p. 178), ao tratar do tema verossimilhança, o faz da seguinte forma: “[...] ‘verossimilhança revela o direito de ação [...]’ além de [...] ‘denotar o caráter interlocutório da decisão, que é revisível’ (§ 4º do artigo 273)”. No intuito de esclarecer o significado do termo “verossimilhança”, o autor afirma não haver correlação entre a verossimilhança e o *fumus boni iuris* da cautelar.

Já para Leal (2009, p.152), o elemento verossimilhança:

é colhível da estrutura procedimental processualizada, a sua conceituação demarca-se pelo devido processo, não se podendo imaginar antecipação de tutela que ocorra em critérios sentenciais antagônicos aos princípios da legalidade ou inexaurientes da efetividade do processo⁵⁰.

Por fim, o autor assevera:

Observa-se que a verossimilhança só é aferível pela estrutura procedimental em que elemento, meio e instrumento de prova integram a alegação. Assim, só seria verossímil a alegação que se construísse pela univocidade (similitude, coexistência) das bases da prova (elemento, meio,

⁴⁹ O anteprojeto elaborado pelos alunos da pós-graduação *stricto sensu* da PUC Minas não contempla o requisito da “prova inequívoca”.

⁵⁰ Segundo Leal (2009, p.151, grifo nosso) “[...] **processo** é instituição constitucionalizada garantidora de **direitos procedimentais** pelos princípios do contraditório, da isonomia, da ampla defesa, da anterioridade da lei, do dever da jurisdição, do direito ao advogado, da liberdade incondicionada de requerer, caracterizadores do devido processo que abrange o chamado direito material modulador dos procedimentos para assegurar a efetividade.”

instrumento), não porque parecesse eloquentemente relevante ou verdadeira a alegação ou compatíveis os fatos e a relação de direito material alegado. (LEAL, 2009, p. 157).

4.3.2.5 Os requisitos do dano irreparável ou de difícil reparação e do abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório

Pode-se encontrar nos livros de direito processual a definição de irreparabilidade ou difícil reparação ligada à demora processual, a análise do caso concreto e a sua análise ligada ao elemento prova. Na sequência, serão expostos os argumentos que sustentam cada definição.

A definição de irreparabilidade ou difícil reparação⁵¹, ligada a demora processual é sustentada por Carneiro. Para ele, não basta o juízo de verossimilhança e a alta probabilidade do julgamento da ação favorável ao autor. É necessário que a demora processual possa acarretar ao autor um prejuízo substancial. (CARNEIRO, 2002, p. 29).

O dano não necessariamente está ligado ao perecimento da pretensão, caso não seja concedida a antecipação de tutela. O doutrinador admite a hipótese de um dano “externo” à pretensão. (CARNEIRO, 2002, p. 29).

Nesse sentido, o fundado receio: “[...] será invocável com base em dados concretos, que ultrapassem o simples temor subjetivo da parte.” (CARNEIRO 2002, p. 30).

Dessa forma, o autor deve se desincumbir do ônus de demonstrar o seu “fundado receio” de sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação. Há uma situação semelhante a essa em nosso direito pátrio nas ações cautelares, nas quais cabe ao autor que requer a cautelar inominada expor ao juiz o seu “fundado receio” de que a outra parte pode lhe causar uma lesão grave e de difícil reparação. (CARNEIRO, 2002, p. 29).

O dano ao *status quo*⁵² deve ser de média ou grande intensidade (os prejuízos mínimos não autorizam provimentos de urgência, invasivos da esfera

⁵¹ Inciso I do art. 273. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

§ 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”.

⁵² Nepomuceno (2001, p.116) afirma que “dano irreparável é aquele cujos efeitos não são reversíveis, ou seja, ocorre quando o autor for inevitável e irremediavelmente lesado, de forma que impossibilite o julgador de prover em seu favor.”

jurídica do demandado) a direito seu, quer direito personalíssimo (como direito à reputação à imagem, ao direito-dever de ter sob guarda os filhos ou de visitá-los), quer direitos patrimoniais; dentre estes, de gravidade máxima será o dano consistente na privação de prestações de natureza alimentar, ou no perecimento do próprio direito, caso não seja concedida a tutela de urgência (CARNEIRO, 2002, p. 30).

Já para Marinoni (1998, p. 130) haverá “irreparabilidade” quando os efeitos do dano não forem reversíveis. Como é o caso do direito não patrimonial (direito à imagem) e direito com função não patrimonial (soma em dinheiro necessário para aliviar um estado de necessidade causada por ilícito).

O jurista ainda assevera que: “há irreparabilidade, ainda, no caso de direito patrimonial que não pode ser efetivamente tutelado por reparação pecuniária” (MARINONI, 1998, p. 131).

No que tange ao dano de difícil reparação Marinoni (1998, p. 131) leciona que:

O dano é de “difícil reparação” se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado. O dano também é de “difícil reparação” se dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão. Assim, por exemplo, no caso de desvio de clientela, hipótese em que, além da difícil quantificação do dano emergente, o empresário sofre uma acentuação do prejuízo à medida que, com o passar do tempo do procedimento ordinário, assiste ao progressivo afastamento dos seus clientes.⁵³

Dentre os defensores da análise do caso concreto para verificar se há risco de dano irreparável ou de difícil reparação, pode-se citar Theodoro Júnior (1997, p. 196). Segundo ele, são insuficientes para alegar o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, o mero temor da parte e a demora processual.

Na mesma linha, Zavascki (1997, p. 77) afirma que o risco deve ser concreto - e não hipotético ou eventual -, atual e grave e iminente, para justificar a antecipação da tutela. “É consequência lógica do princípio da necessidade⁵⁴.”

⁵³ O exemplo citado por Marinoni (1998, p. 131) é de Giovanni Arieta. I provimmenti d'urgenza, cit, p.130.

⁵⁴ Segundo Zavascki (1997, p. 73-74) “Toda a norma jurídica que visa solucionar colisão de direitos acarreta, em alguma medida, limitações à concretização dos direitos colidentes. A antecipação dos efeitos da tutela, efetivamente, ao estabelecer que ‘o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial’, o legislador ordinário está, sem dúvida, estabelecendo restrição ao direito à segurança jurídica, consagrado pelo art. 5º, LIV, da Constituição. Justamente por isso, e conforme evidenciam os incisos do artigo, tal restrição somente é admitida quando outro. Segundo o referido autor, quando estiverem presentes os requisitos da antecipação da tutela será possível o ‘desprestígio’ do princípio da segurança jurídica. Na sequência

Já Leal (2000, p. 234) ⁵⁵ sustenta que a irreparabilidade ou difícil reparação só pode ser interpretada à luz do elemento prova. Para ele, o fundado receio é um requisito complementar (cumulativo-imperativo) da verossimilhança e da inequivocidade da prova.

O autor suscita que a ocorrência do “fundado receio”⁵⁶ não consiste em meras cogitações do juiz após a análise das alegações do autor. Sustenta ainda que o fundado receio deve ser fundado no elemento prova. “A verossimilhança das alegações atinentes ao receio de dano deve decorrer de fato objetivamente demonstrado (evidenciado ou indiciariamente mostrado) no procedimento.” (LEAL, 2000, 237).

Portanto, o fundado receio de dano irreparável, somente pode ser identificado “a partir da existência estratificada do elemento de prova do receio na estrutura procedimental.” (LEAL, 2000, p. 234).

Em relação à irreparabilidade do dano, Leal (2009, p. 235) diz o seguinte:

O juízo cognitivo sobre a denominada irreparabilidade do dano ainda suplica, além de amarras contextuais na *teoria da prova*, análise econômica adequada sobre o que seja, na linguagem apressada dos reformistas, ‘dano irreparável.’

Leal (2009, p. 165) afirma que, com o advento do artigo 159 do Código Civil, não há que se falar em dano irreparável, tendo em vista que o dispositivo assegura a reparação de qualquer dano causado por outrem por culpa ou dolo. Diante dessa situação, não há como falar em dano irreparável e, conseqüentemente, a discussão acerca do receio também se torna inócua. Talvez o legislador quisesse tratar do dano iminente a coisas de fungibilidade difícil pela satisfação integral (direta ou

Zavascki conclui da seguinte forma: “Sendo notória em casos dessa natureza a impossibilidade de convivência *simultânea e plena* entre os dois citados direitos fundamentais, justificada está, pelo *princípio da necessidade*, a formulação da regra legislativa, destinada à obtenção de uma concordância prática entre eles. E a opção do legislador de adotar como técnica de solução a antecipação provisória do bem da vida reclamado pelo autor revela claramente que, na ponderação dos valores colidentes, ficou estabelecida uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica.

⁵⁵ Leal (2010, p.163) faz a seguinte crítica às tutelas de urgência: “Tem-se exaltado a presteza das tutelas de urgência como se estas fossem atos mágicos que à guisa de pronto-socorro jurídico pela ambulância do judiciário, soasse, quando quisesse e a seu modo, a sirene do amparo incondicional a direitos que livremente supusessem ameaçados ou lesados. Entretanto, sentença não é tutela, mas ato jurídico técnico-judicial que, adotando o conteúdo da lei (tutela legal), dirime questão posta no processo.”.

⁵⁶ O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação está presente quando for perceptível a impossibilidade da satisfação plena ao final do procedimento pelo perecimento do direito pelo qual se está litigando. (COSTA, 2000, p. 11).

subsidiária). Isso se deve, porque na perspectiva do ordenamento vigente o “dano como efeito de ilícito, é sempre reparável pelo devido ressarcimento, ainda que não plenamente compensatório”.

Parece que o posicionamento de Leal gira em torno da reparação sem contemplar que alguns danos são de fato irreparáveis. Quando adentramos a seara dos direitos difusos, nos deparamos com a dificuldade de determinar as vítimas do dano irreparável devido a sua natureza difusa. Diante dessa peculiaridade, na seara coletiva, deve-se priorizar a prevenção em detrimento da reparação.

4.3.3 A liminar na antecipação da tutela

A presença da possibilidade da concessão de medidas preventivas sem a audiência da parte contrária é uma possibilidade presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o Regulamento 737 de 1850.

Há quem sustente que a concessão da liminar *inaudita altera pars* fere o princípio constitucional do devido processo legal previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição. (LEAL, 2009, p. 176).

Por outro lado, Maciel Júnior (2012, p. 5) afirma que as liminares são indispensáveis para as tutelas de urgência, tendo em vista que encarnam a necessidade da celeridade e geralmente são julgadas por uma decisão interlocutória. O autor ainda distingue a liminar satisfativa da liminar preventiva, sendo que a satisfativa consiste na “inversão do ônus do tempo do processo” com a entrega do bem a uma das partes para que usufruir (decisão de mérito). Enquanto na seara preventiva a liminar terá a sua “finalidade ligada a outro processo”.

Também é objeto de divergência entre os doutrinadores se o deferimento da liminar sem a oitiva da parte contrária ofende o princípio do contraditório.

Nery Júnior (1995, p. 55), sustenta que não há lesão ao princípio do contraditório, porque o mesmo pode ser postergado para permitir a efetividade do direito.

Sob esse prisma, não há que se falar em impossibilidade da concessão sem a audiência da parte contrária, por não haver nenhuma vedação legal para tanto (RABONEZE, 1999, p. 50).

Assim, não há que se falar em ofensa ao princípio do contraditório, tendo em vista que o mesmo será observado posteriormente à concessão da liminar. Ademais, a decisão poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Em determinadas situações é necessário que haja a possibilidade da antecipação da tutela sem a audiência da parte contrária. Entretanto, esse procedimento deve a exceção. Tal situação só deve ser admitida quando a oitiva da outra parte contribuir ou inviabilizar a proteção do direito invocado.

4.3.4 A inconstitucionalidade da Lei 9.494/1997

O ordenamento jurídico brasileiro prevê situações nas quais as pessoas jurídicas de direito público têm tratamento especial. Esse tratamento diferenciado não se compatibiliza com o princípio da igualdade assegurado pela Constituição Federal.

Diante desse tratamento diferenciado surgiu a dúvida se a antecipação da tutela seria aplicável em desfavor do poder público.

A Lei 9.494/1997 retirou a possibilidade de aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública quando a matéria em discussão for classificação, equiparação de servidores públicos, concessão, aumento ou extensão de vantagem. (DINIZ, 2009, p. 172).

Por outro lado, Silva (2008, p. 496) sustenta a possibilidade da antecipação da tutela em face do poder público e afirma que a lei 9.494 de 1997 trata apenas de algumas situações nas quais não é possível a antecipação da tutela.

A inconstitucionalidade da lei em apreciação é evidente diante da afronta ao princípio da igualdade constante na Constituição Federal.

4.3.5 Antecipação da tutela e fungibilidade

A Lei 10.444 de 2002 modificou o instituto da antecipação de tutela introduzido pela lei 8.952 de 1994. Até a presente modificação, os autores se valiam do caráter satisfativo da antecipação da tutela para diferenciá-la das medidas cautelares. (KARPAT, 2003, p. 21).

Com a inclusão do § 7º à lei, a doutrina se dividiu acerca do alcance do parágrafo incluso, *in verbis*:

§ 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.(BRASIL, 2002).

A despeito dessa alteração se pode destacar o seguinte posicionamento:

[...] em nome do princípio da fungibilidade e da economia processual, o § 7º do artigo 273, do CPC, estabeleceu a possibilidade de confusão entre a medida cautelar e a medida antecipatória dos efeitos da sentença. Quando isso acontecer, poderá o juiz, presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental ao processo ajuizado. Esse parágrafo se constitui na sentença de morte do processo cautelar. Após a sua promulgação, todas as partes começaram a fazer pedidos incidentais em processo de conhecimento, em vez de requerer a medida cautelar necessária, em processo próprio. (DIAS *et al*, 2011, p. 327).

Para o doutrinador acima citado, o § 7º tornou o processo cautelar inócuo, porque, segundo ele, o processo cautelar não encontraria mais guarida no sistema processual.

Câmara (2005, p. 23), no mesmo sentido, interpreta o dispositivo como uma dispensa à instauração do processo cautelar para a obtenção da tutela cautelar, sendo possível a sua obtenção incidentalmente ao processo de execução e conhecimento. O autor conclui afirmando que a atual sistemática concede ao jurisdicionado duas formas para se obter a tutela cautelar: ou pela via do processo cautelar ou pela antecipação da tutela cautelar.

Vaz (2007, p. 30) sustenta que se trata de uma fungibilidade⁵⁷ procedimental, na qual o legislador facultou ao jurisdicionado cumular pedido cautelar com pedido de conhecimento.

Por sua vez, Marinoni (2008, p. 69) afirma o seguinte:

Frise-se, não obstante, que o §7º do art. 273, ao admitir a confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, sublinha a distinção entre ambas. Isso por uma razão de lógica elementar: somente coisas distintas podem ser confundidas. Com efeito, o § 7º do art. 273 não supõe identidade entre tutela cautelar e antecipatória.

⁵⁷ O TST consagrou o princípio da fungibilidade com a edição da súmula 405 do TST. A súmula afirma que os pedidos de antecipação de tutela nas ações rescisórias devem ser recebidos como acautelatória por não ser possível a antecipação de tutela em sede de ação rescisória. (MONTENEGRO NETO, 2006, p. 59).

Parece haver aqui a positivação da fungibilidade que⁵⁸ consiste na faculdade de se substituir a medida requerida ou decretada por outra mais adequada e menos onerosa para quem a suporta. (MARINS, 1996, p. 317).

Diante da redação do § 7º, entende-se que a fungibilidade se aplica somente em relação ao pedido de antecipação de tutela e deferimento de medida cautelar, não sendo possível o raciocínio inverso. Tal raciocínio se sustenta diante da ausência de autorização do próprio parágrafo e pelo fato de as disposições do processo cautelar não preverem essa hipótese.

4.4 As tutelas de urgência no projeto de Lei 8046/2010

A comissão de juristas encarregada da confecção do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, na exposição de motivos, explica a nova sistemática das tutelas de urgência.

Segundo os elaboradores, o “novo CPC” deixa clara a possibilidade de concessão da tutela de urgência preventiva, satisfativa e de evidência. O intuito descrito na exposição de motivos foi deixar explícito que a resposta do “Poder Judiciário” deve ser rápida não só quando a urgência decorre do risco de ineficácia do processo e da possibilidade de perecimento do direito. (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA COMISSÃO DE JURISTAS, 2010, p. 25).

O projeto também se preocupou com as hipóteses em que as “alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva”, situação essa que deve ser antecipada total ou parcialmente a tutela, independente do *periculum in mora* por “não haver razão relevante para a espera até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano”.

Todavia, na exposição de motivos não foi feita a diferenciação entre as tutelas de urgência satisfativas e a tutela de evidência.

As menções feitas foram referentes à disposição no código (Parte Geral), a exclusão do livro das “Ações Cautelares” e a possibilidade de requerimento de ambas antes ou no curso do processo principal. (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA COMISSÃO DE JURISTAS, 2010, p. 25)⁵⁹.

⁵⁸ O Código de Processo Civil de Portugal equiparou à antecipação de tutela a medida cautelar. (FIDELIS DOS SANTOS, 1999, p.45).

Inicialmente, cumpre ressaltar que o projeto criou uma terceira espécie de tutela de urgência, entretanto sem explicar quais são as suas bases teóricas.

No direito americano, a evidência é a prova necessária para a concessão da tutela de urgência satisfativa. Não existe tutela de evidência, a tutela de urgência é preventiva ou satisfativa (MACIEL JÚNIOR, 2011).

4.4.1 O instituto da tutela de evidência no direito americano e britânico

Há, sem dúvida, traços semelhantes entre a tutela da evidência no direito americano e a antecipação da tutela adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Na lei estrangeira o termo evidência é adotado para designar que quando houver a evidência de existirem os fatos alegados, o juiz estará autorizado a dar uma decisão satisfativa.

A norma que disciplina a tutela dos direitos evidentes é adotada pela maior parte das cortes estaduais e federais dos Estados Unidos.

No direito americano, o referido instituto é disciplinado basicamente por regras federais promulgadas em 1975. Nessas regras estão as formas de evidência que autorizam o juiz a conceder antecipadamente a tutela. Vale dizer que o juiz pode confirmar ou cassar a decisão na decisão final.

Segundo Fiuza *et al* (1998, p. 255), as formas de evidência na lei americana são: a) *presumptions evidence* (evidência pelas presunções); b) *hearsay evidence* (evidência do boato); c) *hazardous evidence* (evidência do perigo); d) *confessions evidence* (evidência por confissões); e) *similar fact evidence* (evidência pelo fato similar); f) *real evidence* (evidência real). A seguir será analisada cada uma das formas:

- a) *presumptions evidence* (evidência pelas presunções) – diz respeito às presunções de sofrer perda ou perecimento ou, na esfera criminal, quando houver uma presunção acerca da autoria do crime. Essa forma de evidência é baseada em presunções que se ligam fortemente ao que

⁵⁹ No relatório final do Senado foi feita a seguinte menção a nova sistemática das tutelas de urgência: “Propõe-se a revogação do atual Livro III, todo ele dedicado ao “processo cautelar”, erigindo, no seu lugar, proposta totalmente nova (e interessantíssima) no nosso direito processual civil. Referimo-nos ao que o Título IX do Livro I do Projeto denomina de “tutela de urgência e tutela da evidência” (arts. 277 a 296). Distinguindo a hipótese de aquelas tutelas serem requeridas antecedente ou incidentalmente, o Projeto propõe, inclusive, a possibilidade de a medida concedida vir a se estabilizar, a depender da iniciativa ou da inércia das partes (arts. 288, § 2º, e 289). (Relatório Final do Senado, p. 43, 2011).”

pode acontecer ou aconteceu, o que autoriza o juiz a conceder o direito (FIUZA *et al*, 1998, p. 255);

- b) *hearsay evidence* (evidência do boato) – é colhida da repercussão social acerca de um fato que, diante dos comentários, apresenta-se como verdadeiro. Nessa forma de antecipação há um risco, pois a evidência é resultando do senso comum (FIUZA *et al*, 1998, p. 255);
- c) *hazardous evidence* (evidência do perigo) – Toda evidência trás consigo um perigo. A evidência é resultado de uma seleção, ou seja, as testemunhas podem falecer, os documentos podem se perder, entre outras. Há também uma seleção humana decorrente da investigação de um acontecimento. Assim, diante da possibilidade de deterioração da prova, admite-se uma decisão baseada na evidência para evitar a deterioração (FIUZA *et al*, 1998, p. 255);
- d) *confessions evidence* (evidência por confissões) – a confissão assume posição de destaque por ser uma forma em que a possibilidade de erro é menor (FIUZA *et al*, 1998, p. 255);
- e) *similar fact evidence* (evidência pelo fato similar) – é típico do sistema americano julgar casos presentes com base em decisões anteriores. Assim a parte pode suscitar um caso anterior e requerer a decisão nos mesmos termos (FIUZA *et al*, 1998, p. 255);
- f) *real evidence* (evidência real) – é a prova levada materialmente ao Tribunal, por meio de fotos, escrituras ou outros objetos (FIUZA *et al*, 1998, p. 255).

Após a exposição do instituto no direito americano é possível fazer uma reflexão em relação ao instituto no judiciário brasileiro, aclamado por muitos como o ideal. Acontece que, esse sistema tido como ideal, permite a antecipação da decisão por meio de um boato ou de presunções subjetivas. Essas hipóteses parecem ser um culto desmedido em prol da efetividade sem levar em consideração os direitos fundamentais da outra parte.

4.4.2 O significado do termo evidência na filosofia

O termo “evidência” na filosofia possui dois significados. Os epicuristas e os estóicos entendiam a evidência como um critério de verdade. Para eles, a evidência não estava ligada à clareza ou à distinção de ideias, mas sim à apresentação ou manifestação de um objeto. (ABBAGNANO, 2007, p. 392).

Já para Descartes, não se deve aceitar nada como verdadeiro a menos que seja reconhecido evidentemente como tal. Com essa atitude visa-se evitar a precipitação. (ABBAGNANO, 2007, p. 392).

Por sua vez, Husserl citado por Oliveira (2006, p. 44) definiu a evidência como o “preenchimento da intenção”. Significa que há evidência quando a intenção da consciência, voltada para um objeto, é preenchida pelas determinações graças às quais o objeto se individualiza, define-se e finalmente se apresenta à consciência *em carne e osso*.

A filosofia contemporânea, que se inspira na fenomenologia, concebe a evidência⁶⁰ de forma objetiva, como a manifestação de um objeto como tal, independente do que o objeto seja e dos métodos utilizados para certificar a manifestação ou presença. (MORA, 2007, p. 402).

4.4.3 A tutela de urgência

O projeto não possui um livro destinado a disciplinar o processo cautelar e também não estão presentes as medidas cautelares nominadas⁶¹. Entretanto, o legislador prestigiou o “poder geral de cautela”.

A comissão de juristas encarregada da elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, na exposição de motivos, tenta explicar a nova sistemática das tutelas de urgência.

Segundo os elaboradores, o novo CPC deixa clara a possibilidade de concessão da tutela de urgência preventiva, satisfativa e de evidência. O intuito descrito na exposição de motivos foi deixar explícito que a resposta do “Poder Judiciário” deve ser rápida, não só quando a urgência decorre do risco de ineficácia do processo e da possibilidade de perecimento do direito.

Fato é que o Projeto 8046/2010 inseriu a tutela dos direitos evidentes como um terceiro gênero das tutelas de urgência, ou seja, segundo o projeto, as tutelas de

⁶⁰ “EVIDÊNCIA (gr. *èvápTEia*, lat. *Evidentia*-, in. *Evidence*-, fr. *Evidence*, ai. *Evidenz*; it. *Evidenzd*).

⁶¹ Marinoni et al (2010, p. 106) ao comentar o projeto afirma que seria ideal dos institutos do arresto, do sequestro, das cauções, a busca e apreensão e o arrolamento de bens.

urgência são preventivas, satisfativas e de evidência. Entretanto, não é possível distinguir a diferença entre a tutela antecipada e a tutela de evidência.

Ao comentar essa sistemática, Marinoni afirma que essa proposta legislativa consagra a tutela antecipatória e a tutela cautelar como espécies do gênero tutela de urgência. (MARINONI *et al*, 2010, p. 106).

Diante dessa situação, a pergunta que dever ser feita é: qual a diferença entre a antecipação da tutela e a tutela de evidência?

Fux (1996, p. 67) leciona que a expressão “evidência” vincula-se a pretensões deduzidas em juízo que se revelam semelhante ao direito líquido e certo. Nessas situações, há mais que o *fumus boni iuris*, a probabilidade do direito alegado juntamente com a demora⁶² do *procedimento* ordinário consistem em uma “espera injusta”.

Dessa forma, a tutela de evidência seria uma tutela de satisfatividade plena, cujo direito será evidenciado por meio das provas que serão levadas ao processo. “*Mutatis mutandis* poder-se-ia aplicar à evidência a doutrina da ‘liquidez e certeza’ que informa o mandado de segurança e a execução.” (FUX, 1997, p. 308).

Por esse raciocínio, a tutela de evidência pertenceria à esfera da “justiça” e não somente ao direito. Kelsen e os neopositivistas, citados por Fux (1997, p. 308), classificam a “justiça” como uma aspiração emocional.

Maciel Júnior (2012, p. 5) critica a classificação da tutela de evidência como um terceiro gênero da tutelas de urgência da seguinte forma:

A evidência é fundamento das tutelas satisfativas. Porque existe prova (evidência) das alegações do autor justifica-se a urgência na apreciação do pedido de antecipação de tutela, invertendo-se o ônus do tempo no processo.

Percebemos que foi feita uma transposição irresponsável do instituto da tutela de evidência do direito americano e britânico para o direito brasileiro. Como dito anteriormente, a tutela da evidência consiste na tutela de urgência com caráter satisfativo, sendo assim no direito brasileiro já existe o instituto da antecipação da tutela, que possui essa finalidade.

⁶² Marinoni (2010, p.106) diferencia a tutela de evidência da tutela de urgência satisfativa da seguinte forma: “[...] o projeto procurou outorgar o devido valor ao tempo no processo e distribuí-lo de forma paritária entre as partes independentemente do requisito da urgência, fundando-se para tanto apenas na maior ou menor evidência”.

Em relação aos críticos da sumarização do procedimento, Fux (1996, p. 70) responde que certamente há uma margem de erro que está presente em todo provimento, inclusive nos de cognição exauriente. Contudo, é necessária uma tutela célere, para que nenhuma lesão escape da apreciação judicial. É possível dizer ainda que o decurso do tempo⁶³ sem resposta é uma lesão.

O “novo” CPC também se preocupou com as hipóteses em que as “alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva”, situação essa que deve ser antecipada total ou parcialmente a tutela, independente do *periculum in mora* por “não haver razão relevante para a espera até porque, em regra a demora do processo gera agravamento do dano”

Chama a atenção o posicionamento de Castelo (1999, p. 23), que transfere para o magistrado a tarefa de avaliar se a defesa é “séria ou não,” se o recurso é “desfundamentado” e “abusivo com atitude protelatória”. Tal posicionamento certamente desencadeará o protagonismo judicial que não pode ser admitido no Estado Democrático de Direito.

Marinoni (1998, p. 136) fala de uma “preocupação exagerada” com o direito de defesa, que seria fruto do Estado Liberal, o qual impediu por muito tempo a distribuição do ônus do tempo processual.

Ainda nas lições de Marinoni (2003, p. 28), encontra-se que a tutela antecipatória possui “efeito pedagógico”, tendo em vista que desestimula as “defesas abusivas” destinadas a retardar a concretização dos direitos ou mesmo com o fito de auferir alguma vantagem econômica com o tempo que o processo irá demorar.

Em linha semelhante, Carneiro (2002, p. 33) define o abuso de direito quando o réu “busca, mediante expedientes subalternos e escusos, protelar o desfecho da demanda, com o objetivo de continuar a beneficiar-se pela manutenção do *status quo*”. Prossegue dizendo o autor, que “o abuso de direito pode revelar-se também no uso protelatório de recursos previstos em lei, quando inanes seus fundamentos”.

Também é considerada abusiva, a retenção dos autos por parte do réu ou de seu advogado, o fornecimento de endereços inexatos para retardar as intimações ou

⁶³ Sobre a influência Tavares (2009, p.117) diz conclui-se que: “O processo como direito-garantia constitucionalizado e fundante da atuação, criação, modificação ou exclusão de direitos na pós-modernidade, não está sujeito às vicissitudes do Tempo que, sendo um evento que flui por si mesmo, não se submete e modificações externas, tão pouco tem força para causar prejuízo aos litigantes.

a criação de embaraços para a realização de provas periciais. (CARNEIRO, 2002, p. 35).

Nepomuceno (2001, p. 117) adverte que o legislador criou uma possibilidade de antecipação “com a finalidade punitiva”. Essa possibilidade contribui para “a melhor distribuição do ônus do tempo no processo, exatamente porque o réu, com a antecipação da tutela, deixando de ter do seu lado o fator temporal, ficará desestimulado de oferecer defesas abusivas e procrastinatórias”.

Em complementação a esse pensamento, pode-se destacar os ensinamentos de Marinoni (1996, p. 119): “portanto, nos casos de abuso de direito de defesa, o princípio da isonomia e a necessidade de efetividade do processo justificam, em uma determinada medida, um risco de prejuízo do réu”.

Em sentido diferente aos posicionamentos mencionados, Leal (2010, p. 167) afirma que o abuso é ato do operador do direito e que, por isso, os atos abusivos devem ser avaliados em procedimentos autônomos ou pelo órgão de fiscalização de classe.

Ao contrário do que sustenta Marinoni, não há que se falar em excesso de preocupação com o direito de defesa, tendo em vista que a Constituição Federal garante o direito à ampla defesa e ao contraditório. O que não se pode admitir é o pré-julgamento de que o réu está errado, para que, com isso, não se venha a ressuscitar alguns jargões tais como “é melhor ser autor do que réu”.

4.4.4 Requisitos

A seguir serão analisados os requisitos constantes no projeto que tem por finalidade, substituir o código de processo então vigente. O estudo partirá de uma distinção entre os requisitos até em tão utilizados com os novos requisitos propostos.

4.4.4.1 A plausibilidade do direito

As tutelas de urgência cautelar e satisfativa serão concedidas quando for demonstrada a “plausibilidade do direito” e o “risco de dano irreparável ou de difícil

reparação”⁶⁴. O juiz poderá, em casos excepcionais ou em hipóteses autorizadas pela lei, conceder a medida de ofício e exigir a caução real ou fidejussória para garantir a reparação de eventuais danos.

Quando estuda-se a verossimilhança nesse trabalho, também nos ocupamos de verificar qual seria o conceito de verdade adotável como paradigma.

Silva (2006, p. 1047) cita o Ceticismo da Nova Academia, que, ao negar a existência de um critério de verdade, utilizavam o termo plausível em substituição à utilização de uma definição de verdade.

Em sentido contrário, Carneiro (2002, p. 25) afirma que plausibilidade está ligada à verdade por meio de um juízo de probabilidade, sendo assim, é necessário verificar qual o conceito de verdade deve ser adotado.

Siano (2002, p. 152) leciona que, “verossimilhança⁶⁵ (conceito subjetivo) é a razoável aceitabilidade da versão, plausibilidade ou probabilidade de ser”. Parece-nos mais aceitável relacionar a plausividade do direito com o *fumus boni iuri*.

Dessa forma, cabe à parte demonstrar, assim como no processo cautelar, que aparentemente existe um direito a ser tutelado.

4.4.4.2 Fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação

Conforme se tratou no tópico da antecipação da tutela, encontram-se nos livros de direito processual a definição de irreparabilidade ou difícil reparação ligada à demora processual, a análise do caso concreto e a sua análise ligada ao elemento prova.

⁶⁴ Em relação à redação do artigo 283 do projeto Marinoni (2010, p.106) diz o seguinte: “[...] o texto merece reparos, porque confunde tutela antecipatória com tutela cautelar, na medida em que submete ambas à demonstração do “risco de dano irreparável ou de difícil reparação”. Esta confusão é acentuada pela quantidade de alusões ao ‘processo principal’ ou ‘pedido principal’ nos artigos que tratam da tutela de urgência (arts. 280, 282, I, 287,§1º, 289, 290, 291, I, 292, 294) terminologia obviamente ligada à tutela cautelar, dada à sua referibilidade, mas não à tutela antecipatória.

⁶⁵ A verossimilhança também é definida como a “inclinação, no sentido de se tomar por críveis, fatos circunstanciais específicos.” (COSTA, 2000, p. 10).

5 A TUTELA DE URGÊNCIA PREVENTIVA SOB A PERSPECTIVA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS

O foco principal desse trabalho é realizar uma construção teórica para acomodar o dissenso entre a normatividade e a compreensão teórica das tutelas de urgência em direitos difusos. Diante disso se faz necessária a breve exposição da teoria das ações coletivas como ações temáticas.

A teoria em análise propõe um modelo democrático para a tutela dos direitos difusos. Para isso, serão objeto de apreciação as tutelas preventivas, bem como os requisitos necessários para a sua concessão. Atualmente, o debate acerca da elaboração de um Código de Processo coletivo encontra-se adormecida desde o arquivamento do Projeto de Código coletivo.

O Projeto, arquivado, não se preocupou em analisar criticamente os institutos do processo individual e verificar se os mesmos poderiam ser “transportados” para o Código coletivo.

5.1 Direito *versus* interesse

Os termos direito e interesse⁶⁶ são utilizados indistintamente no direito coletivo, sem se perquirir os seus reais significados. Maciel Júnior, antes de propor a teoria das ações coletivas como ações temáticas, percorreu um longo caminho no qual avaliou a possibilidade da utilização desses termos.

O estudo partiu do conceito de interesse dado pelos utilitaristas, principalmente por Bentham e Ihering. Os autores fizeram a ligação entre utilidade, valor e necessidade, conseqüentemente, Ihering colocou os direitos e os interesses no mesmo plano ao afirmar que: “os direitos são interesses juridicamente protegidos”. É necessário ressaltar, que essa afirmação foi feita em um contexto

⁶⁶ Interesses “difusos” são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa- é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação. A recente manifestação do professor Roger Perrot sobre os consumidores descreve com agudeza o problema dos interesses difusos: “*Le consommateur, c’est tout et c’est rien*” (O consumidor é tudo e não é nada). (CAPPELLETTI, *et al* 1988, p.26).

histórico de afirmação do indivíduo em face do Estado autoritário. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 21).

Segundo Bentham citado por Maciel Júnior (2006, p. 21), a análise acerca dos interesses do indivíduo ou da comunidade deve ser realizada tendo como parâmetro o princípio da utilidade e, por conseguinte, atingir a finalidade de proporcionar o maior prazer possível.

Já Ihering citado por Maciel Júnior (2006, p. 22) sustenta que a finalidade da lei ultrapassa a proteção da liberdade individual, tendo em vista que a lei deve buscar o equilíbrio entre o “princípio individualista e o social.”

Maciel Júnior (2006, p. 23), ao analisar os ensinamentos do autor anteriormente citado, afirmou que para ele o direito era formado de dois elementos, o substancial no qual reside o fim prático do direito e o elemento formal, sendo esse o meio de proteção do direito para garantir o elemento substancial. “Em famosa frase, Ihering define “os direitos como os interesses juridicamente protegidos”.

Diante disso, é possível afirmar que, para o autor, a definição de direito deveria ser amparada sob a perspectiva de um bem, sendo que a ideia de bem está ligada diretamente com a noção de valor.

Após trazer o ensinamento de Ihering, no qual o interesse é o direito juridicamente tutelado, o autor da teoria estabelece uma distinção entre “interesse” e “direito”, a nova classificação serve de sustentáculo para a sua teoria.

Para distinguir o “direito” do “interesse” é necessário verificar o momento da efetivação e da realização de cada um. O interesse pode ser verificado na “[...] manifestação unilateral de uma necessidade, um poder, uma faculdade perante um bem da vida [...]. O interesse é individual tendo em vista que está restrito “à esfera psíquica que liga o sujeito ao bem.” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 54).

Enquanto o direito pode ser verificado a partir do momento da manifestação do interesse juntamente com o respaldo social. O processo de validação filtra o interesse manifestado e confere ou não o respaldo. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 54).

Diante do exposto, o doutrinador sustenta que as expressões “interesse coletivo” ou “interesse difuso” são inadequadas, partindo-se da premissa de que o interesse é sempre individual. Difuso ou coletivo é o número de indivíduos que possuem interesses individuais em relação a um fato. Nesse contexto, pode haver “interessados” difusos ou coletivos.

Conclui-se que os direitos são frutos da aceitação, consenso ou da imposição do Estado-Juiz por meio da sentença. Já o interesse é fruto de uma manifestação unilateral em relação a um bem restrito a esfera psíquica.

Maciel Júnior explica a necessidade da distinção descrita anteriormente da seguinte forma:

Segundo a concepção de Ihering, como pode ser explicado o fato de termos interesses de certos sujeitos que às vezes se contrapõem aos seus próprios direitos? Explicando melhor, consideremos que um empregado de uma empresa aceite renunciar a direitos trabalhistas, trabalhar além de suas forças e em horários e condições agressivas à sua saúde, com alterações danosas ao contrato de trabalho antes vigente. E imaginemos ainda que, na hipótese, o empregado assim age porque teve a ameaça de perder o seu emprego se não se submetesse a essas condições (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 57).

A situação descrita acima não pode ser respondida pela teoria de Ihering, tendo em vista que de um lado está presente o interesse individual na manutenção do emprego. Por outro lado, há os direitos positivados na Constituição e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), os quais, inclusive a legislação, autoriza o sindicato e os órgãos fiscalizadores a atuarem na defesa desses direitos. Sob a perspectiva de Ihering, haveria somente “um interesse individual e a pleora de direitos seriam a mesma coisa, quando na verdade não o são.” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 57).

Segundo a teoria das ações temáticas, o interesse do indivíduo (manutenção do emprego) não implica em metamorfose do seu interesse em um direito. Como dito anteriormente, para falar em direito é necessário passar pelo processo de validação social do confronto com o direito vigente. Quando o interesse não encontrar guarida no direito vigente significa que o interesse suscitado não pode ser validado como direito. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 57).

Por fim, resta claro que o interesse é sempre individual, em se tratando de direitos difusos é possível falar em interessados difusos e nunca em interesses difusos tendo em vista que o interesse consiste na manifestação individual de um indivíduo em face de um bem.

Outra mudança proposta pelo autor da teoria é a revisitação do chamado direito subjetivo, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, no qual não é admitido falar em “poder de dizer o direito em face do outro”.

Dessa forma, “o direito subjetivo somente existe se há o reconhecimento espontâneo da outra parte ou como a resultante de um processo judicial. Não existem direitos subjetivos prévios diante de um conflito de interesses.” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 41).

No direito pátrio faz-se necessário abandonar essa subjetividade em prol da objetivação do direito. Tal mudança se faz necessária tendo em vista que o Brasil adotou o Estado Democrático de Direito.

5.2 A objetivação do direito

Outra proposição trazida por Maciel Júnior foi à objetivação do direito. Isso significa que o direito será definido como difuso ou coletivo se o bem a ser tutelado atingir um número indefinido ou indefinível de pessoas. Partindo-se desse pressuposto é possível definir se os interessados são difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Pode ser admitido como difuso ou coletivo, o número de indivíduos atingidos, que podem ser organizados ou não. Certo é que os indivíduos encontram-se em uma situação de fato comum e possuem interesses individuais em relação ao objeto do processo. Diante disso, não há como afirmar que há interesses difusos, mas sim interessados difusos. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 54).

Dessa forma, uma ação será coletiva se o bem ou o fato jurídico atingir vários interessados. Interessados difusos - quando o fato atingir um número de indivíduos impossível de se identificar; interessados coletivos – quando um fato atingir um grupo organizado e associado; interessados homogêneos – quando for atingido um número de indivíduos determinável, não organizados ou associados.

Essa visão, a partir do objeto do processo, bem como do sofrimento dos efeitos do provimento por um número indeterminado de pessoas, é fundamental para a compreensão do direito difuso e, conseqüentemente, para a construção de seus institutos.

A objetivação do direito propõe que a definição da ação como coletiva ou não seja feita a partir da observação do objeto e não do número de pessoas atingidas.

5.3 Direitos difusos

Os direitos difusos consistem nas “disposições de lei que criam tutela e estabelecem a regulação de bens (bens, fatos, direitos) que afetam um número indeterminado e indeterminável de indivíduos.” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 154).

Tomando-se por premissa que o interesse consiste na manifestação de um indivíduo em face de um bem, não há como estabelecer um interesse difuso. ‘Somente podemos compreender esse fenômeno a partir do bem e sua relação com o indivíduo, ou seja, dos interessados. [...] interessados difusos, que são todos aqueles que manifestam um interesse em face do bem tutelado pela lei.’ (MACIEL JÚNIOR, 2006, p.155).

Por certo que as demandas coletivas geralmente referem-se a questões que atingem um número indeterminado de pessoas, inclusive o próprio Estado. A demanda coletiva pode ser um mecanismo de participação da população nas decisões do país. O processo coletivo pode ser o *medium* linguístico para o debate das questões controvertidas da sociedade.

Sob a perspectiva das ações temáticas, a classificação dos interessados seria essa: interessados difusos quando a abrangência do fato atingir um número de pessoas impossível de identificá-las; interessados coletivos quando um fato atingir um grupo organizado ou associados; interessados homogêneos quando um fato atingir um grupo não organizado ou associado.

5.4 Legitimidade para agir

Na via oposta da legitimação para agir⁶⁷ pela via da representação, Maciel Júnior defende a necessidade de o cidadão possuir a faculdade de participar do deslinde de uma ação na qual será atingido pela decisão⁶⁸.

Vigoriti (1979, p. 3) propõe a participação popular nos processos que versem sobre “interesses” coletivos, cuja legitimidade deve ser entendida como a possibilidade de conhecer e intervir na decisão final.

⁶⁷ No artigo 20 do anteprojeto do código de processo coletivo enviado ao Congresso Nacional foi inserida a possibilidade do cidadão propor a ação coletiva. Entretanto o cidadão só foi inserido no rol dos legitimados após a comissão ouvir duras críticas ao seu posicionamento anterior.

⁶⁸ Maciel Júnior (2006, p.155) atribui a restrição à legitimidade para agir a razões políticas. Segundo o autor, a saída encontrada foi a atribuição da legitimidade para agir a órgãos ou pessoas jurídicas que atuam como “representantes adequados”.

Em sentido contrário ao posicionamento descrito acima, é possível citar os ensinamentos de Cappelletti *et al* (1988, p. 26), que sustenta que em razão da natureza difusa o prêmio para o indivíduo buscar o judiciário é muito pequeno para motivá-lo a ingressar com a demanda.

Com o intuito de demonstrar a veracidade do que foi afirmado anteriormente, Cappelletti *et al* (1988, p. 27) cita o seguinte exemplo:

Suponhamos que o governo autorize a construção de uma represa que ameace de maneira séria e irreversível o ambiente natural. Muitas pessoas podem desfrutar da área ameaçada, mas poucas-ou nenhuma- terão qualquer interesse financeiro direto em jogo. Mesmo esses, além disso, provavelmente não terão interesse suficiente para enfrentar uma demanda judicial complicada. Presumindo-se que esses indivíduos tenham legitimação ativa [o que é frequentemente um problema], eles estão em posição análoga a do autor de uma pequena causa, para quem a demanda judicial é antieconômica. Um indivíduo, além disso, poderá receber apenas indenização de seus próprios prejuízos, porém não dos efetivamente causados pelo infrator à comunidade. Conseqüentemente, a demanda individual pode ser de todo ineficiente para obter o cumprimento da lei; o infrator pode não ser dissuadido de prosseguir a conduta. A conexão de processo é, portanto, desejável- muitas vezes, mesmo, necessária- não apenas do ponto de vista da Galanter, senão também do ponto de vista da reinvidicação eficiente dos direitos difusos.

Prossegue Cappelletti *et al* (1988, p. 27), alinhando as “dificuldades” de legitimar o cidadão⁶⁹ ao afirmar que mesmo quando for possível reunir as partes interessadas seria difícil ou até mesmo impossível “combinar uma estratégia em comum”.

No direito comparado, Maciel Júnior (2006, p. 120) cita algumas alternativas propostas pelos agentes políticos a fim de criar a figura de um representante e, conseqüentemente, afastar o cidadão do processo coletivo. A criação de órgãos intermediários (Ministério Público, associações, órgãos de defesa do consumidor, delegacias de ordem econômica, *ombudsman*) são formas de controlar o processo coletivo, tendo em vista que os órgãos intermediários geralmente pertencem ao próprio governo. O argumento falacioso é o da viabilidade da tutela dos direitos difusos.

⁶⁹ A resistência de Cappelletti (1985, p.180) em aceitar a legitimação concorrente. Segundo ele as possibilidades de abuso são gigantescas.

As atitudes descritas acima são utilizadas para limitar o acesso à justiça a todos os interessados difusos. Em decorrência dessa limitação a possibilidade de ajuizamento da demanda coletiva estaria restrita a poucos órgãos, associações ou entidades.

Maciel Júnior (2006, p. 157) afirma que contraria a própria natureza do direito difuso a limitação da legitimidade para agir. Segundo o autor, atribuir a legitimidade para agir a um órgão ou associação, seria uma forma de distorcer a essência do próprio direito difuso e reduzir a importância do direito coletivo.

O problema da participação, que fundamentalmente decorre da adoção do modelo do Estado Democrático de Direito, está na base da estruturação do processo coletivo. A legitimação para agir é a chave para a compreensão da dimensão desse fenômeno [...]. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 121).

Outra questão que não pode deixar de ser discutida é o fato de que não se pode admitir que os sujeitos que não tiveram a possibilidade de participar do procedimento sofram os efeitos da decisão.

Gonçalves (2001, p. 173), ensina que a proteção que o cidadão precisa é a do direito de participar dos atos que constroem o provimento, quando forem destinatários dos efeitos da sentença.

Segundo a teoria objetiva, como bem esclarece Vigoriti (1979, apud Maciel Júnior, 2006, p. 156), os direitos difusos são definidos a partir do bem envolvido, conseqüentemente os legitimados para propor a demanda coletiva seriam aqueles que são direta ou indiretamente afetados pela situação jurídica.

Assim, a legitimação para agir deve ser concorrente para permitir a qualquer indivíduo interessado, bem como a órgãos e associações, o acesso amplo e irrestrito ao judiciário para a defesa dos direitos difusos.

No tocante à legitimação para agir, coloca-se que a demanda coletiva seja proposta com o objetivo de discutir um “tema” e que o conteúdo desse processo seja construído de forma participativa. Em uma fase inicial, o objeto do processo será formado em um período de tempo fixado na lei. Depois de distribuída a petição inicial, o juiz dará ciência aos interessados por meio de um edital com o intuito de que os interessados compareçam para contribuir com a formação do mérito. Quanto maior for a participação dos interessados maior será a possibilidade de se discutir de

forma ampla a questão. A participação também terá reflexos na extensão da coisa julgada.

5.5 Formação participada do mérito

Maciel Júnior (2006, p. 183) sustenta a necessidade de um momento a partir do qual não poderia ser mais alterado o objeto do processo. A proposta consiste em um momento de divulgação para os interessados, caso queiram se manifestem nos autos. A participação do Ministério Público seria obrigatória e a sua atuação seria como fiscal da lei.

Após a manifestação das partes e o recebimento da defesa, o juiz, obrigatoriamente, por meio de um despacho saneador, fixará os pontos controvertidos e posteriormente abrirá prazo para impugnação. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 183).

Nesse momento é possível corrigir eventuais equívocos bem como a ampliação do objeto da lide. Na sequência será prolatada uma decisão a respeito do objeto do processo, que não poderá mais sofrer alterações. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 183).

É necessário que o processo coletivo tenha um momento a partir do qual não se permita a alteração do objeto da demanda, sob pena de haver uma paralisação do trâmite e a conseqüente inviabilização da tutela. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 184).

A adoção dessa teoria proposta elimina a importância conferida à legitimação passiva, tendo em vista que todos os interessados são chamados para integrar o procedimento caso não se sintam representados.

O modelo das ações coletivas como ações temáticas faculta a todos os interessados a possibilidade de participar da construção do provimento por meio do contraditório.

O interessante dessa proposta é a criação de um espaço jurídico-processual no qual as questões que envolvam os interessados sejam discutidas. A construção participada do mérito cria a possibilidade dos interessados trazerem ao procedimento contribuições e conhecimentos específicos que provavelmente os profissionais do direito não tenham acesso facilmente.

5.6 Tutela preventiva em direitos difusos

O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, garante o livre acesso ao judiciário ao afirmar que a lei não poderá excluir da apreciação do judiciário lesão ou ameaça de lesão a direitos. A respeito do tema, Almeida (2008, p. 253), afirma o seguinte:

A melhor leitura do referido dispositivo constitucional, na sua qualidade de garantia constitucional fundamental, é a que a lei [legislador], o particular, e o próprio órgão jurisdicional não poderão excluir da apreciação do Poder Judiciário a afirmação de ameaça a direitos em geral [individuais ou coletivos].

No processo coletivo a prevenção do dano ganha destaque, diante das características do objeto discutido, o grande número de afetados e a dificuldade da reparação, tanto pela dificuldade ou impossibilidade de se identificar os atingidos, ou pela impossibilidade ou dificuldade de reparar o dano.

Após o reconhecimento dos “novos direitos” e a nova posição do cidadão frente ao Estado proporcionada pelo modelo democrático, a atividade judicial também deve sofrer modificações para concretizar essas conquistas. (SERBENA, 2004, p. 121).

Por isso, a tutela preventiva ganha destaque no processo coletivo⁷⁰ para resguardar o bem objeto do litígio até o provimento final. (WAGNER JÚNIOR, 2003, p. 122).

O direito ambiental desafia os processualistas a encontrarem uma solução técnico-procedimental–constitucional para a proteção⁷¹ do meio ambiente. Outro desafio é encontrar uma solução que não contemple a monetização do direito.

Na tutela ambiental há uma série de fatores que concedem a tutela preventiva uma importância maior. Essa importância é fruto das seguintes características do dano ambiental: “ampla dispersão das vítimas, dificuldade inerente à ação reparatória e dificuldade de valoração do dano.

⁷⁰ Diante das características do bem da vida discutido, as medidas liminares podem ser concedidas apenas com base em informações que podem ser minimamente verificadas. (CALDEIRA, 2006, p.190).

⁷¹ Quando se discute em juízo a proteção preventiva, a ameaça de lesão deve ser analisada de forma objetiva por meio da ocorrência dos fatos. (PEREIRA, 2008, p.154).

O dano ambiental é de difícil valoração tendo em vista a dificuldade de se constatar a extensão do dano bem como a mensuração dos danos secundários. (MILARÉ, 2007, p. 816).

A Lei nº. 6.931 de 1981 dispõe sobre a condenação do poluidor a reparar e/ou indenizar os danos causados. O legislador elegeu essas duas formas para a reparação do dano ambiental.

O ideal, mesmo que seja mais oneroso, é a restauração do bem atacado, para retornar ao *status quo* ou a adoção de medidas compensatórias equivalentes.

A indenização em dinheiro só deve ser aplicada quando não for viável a restauração fática ou técnica. Tanto na condenação à restauração do bem violado tanto na imposição de uma multa indenizatória há uma imposição de um custo ao poluidor. (MILARÉ, 2007, p. 817).

O patrimônio cultural, tratado no parágrafo 4º do artigo 216 da Constituição, deixou claro que a ameaça ao patrimônio cultural deve ser punida na forma da lei. Depreende-se claramente que o texto constitucional preocupou-se com a tutela preventiva, ao empregar a palavras “ameaça”. Do referido artigo pode-se inferir o princípio da proteção do patrimônio cultural. (MIRANDA, 2006, p. 32).

Quanto à ordem urbanística, na maioria das vezes, os danos são potenciais ou efetivos e quase sempre irreparáveis ou de difícil reversibilidade. Isso ocorre por causa do elevado número de pessoas afetadas. (BUENO, 2000, p. 393).

No processo coletivo, o Ministério Público não pode fazer transação diante da natureza do bem violado. Inicialmente se deve procurar evitar a lesão, caso não seja possível evitar, a prioridade deve ser a recomposição do dano, mesmo que mais onerosa, e por último deve ser cogitada a indenização. (ZAVASCKI, 2009, p. 86).

Os exemplos citados acima são para demonstrar a importância da tutela preventiva na defesa dos direitos difusos, cuja tutela de urgência preventiva ganha uma importância ainda maior, diante da dificuldade de reparação do dano ou mesmo da sua irreparabilidade.

5.7 A monetização do direito versus prevenção

O direito brasileiro parece caminhar para a valorização da reparação monetária em detrimento da busca por mecanismos de prevenção.

Na legislação trabalhista verifica-se a possibilidade do empregador pagar um adicional de insalubridade ou periculosidade afim de “indenizar” o trabalhador pelo risco a sua saúde.

O legislador constituinte preocupou-se em limitar a jornada de trabalho para preservar a saúde do trabalhador. Os incisos IX, XIII, XIV, XVI do artigo 7º tratam do trabalho noturno, de horas extras e de turnos de revezamento. A Constituição preocupou-se em garantir uma remuneração maior ao trabalhador quando o trabalho for desenvolvido nas situações acima descritas devido ao desgaste que o empregado sofrerá. (MACIEL JÚNIOR, 1998, p. 227).

Esse adicional deve ser encarado como uma forma de desestimular o trabalho em condições prejudiciais à saúde do trabalhador. O ideal seria a busca da eliminação do agente danoso ou a vedação do trabalho nessas condições. Todavia, muitas atividades não podem parar devido a inúmeras razões, nesse caso a eliminação do agente prejudicial e a minimização dos efeitos devem nortear a legislação.

Em relação ao trabalho noturno ou em turnos de revezamento, o desgaste é consequência da alteração do relógio biológico do trabalhador. Se fosse possível, o ideal seria não permitir o trabalho nessas condições, entretanto diante da necessidade de algumas atividades é plausível que sejam tomadas medidas para minimizar esses efeitos. (ANDRADE, 2003, p. 36).

Nas jornadas de turnos ininterruptos de revezamento uma boa saída seria a redução da jornada para seis horas para prevenir danos à saúde do trabalhador. (MACIEL JÚNIOR, 1998, p. 228).

O que não deve ser admitida é a “quantificação do risco” na jornada noturna, em revezamento, nas horas extras, na realização de trabalhos perigosos ou insalubres, tendo em vista que há um prejuízo à saúde do trabalhador. Aceitar um “adicional” que tenha por objetivo “indenizar” o trabalhador consiste em quantificar monetariamente a saúde do indivíduo. (OLIVEIRA, 2011, p. 155).

A monetização da saúde do trabalhador gera no empregador um desestímulo a eliminar o risco. Por sua vez, o trabalhador encara o adicional como uma vantagem financeira, porém esse “ganho a mais,” provavelmente não será suficiente para reparar minimamente os danos a sua saúde. (MACIEL JÚNIOR, 1998, p. 230).

A compensação financeira em virtude do risco à saúde do trabalhador consiste em uma afronta ao texto constitucional, quando for possível a sua eliminação ou diminuição.

O adicional de periculosidade provoca a ocorrência de acidentes de trabalho, enquanto a monetização da insalubridade acomete o indivíduo de doenças profissionais ou do trabalho. (OLIVEIRA, 2011, p.153).

É notório que o empresário raciocina e toma as suas decisões baseadas na redução de custos e aumento dos lucros e a eliminação do risco é mais onerosa ao empregador, sendo então mais “vantajoso” pagar o adicional.

Na hipótese em que não for possível a eliminação do risco, é necessário que o mesmo seja reduzido, para que haja a minimização do risco onerado. (OLIVEIRA, 2011, p.164).

Andrade (2003, p. 37) chama a atenção para o seguinte aspecto: “[...] a Constituição consagra, paradoxalmente, o direito ao adicional de insalubridade e periculosidade na forma da lei. Logo, admite o trabalho em tais condições”. Há uma aparente colisão entre a livre iniciativa e o direito à saúde do trabalhador.

A colisão entre o direito à saúde e o direito de empreenderem-se atividades econômicas insalubres, empregando pessoas para nelas atuarem, dá-se no ponto em que se esgotam todas as medidas técnicas possíveis para reduzir a ação de determinado deletério. Aí, nesse ponto, prevalece como valor maior, a atividade econômica, que não será proibida, ainda que se saiba ser, em maior ou menor grau, prejudicial à saúde e/ou à qualidade de vida dos operários que forem contratados. (ANDRADE, 2003, p. 37).

Andrade (2003, p. 37) lembra que em algumas situações a própria Constituição veda o trabalho insalubre como, por exemplo, para menores de 18 anos.

O que não se pode admitir é a banalização da saúde do trabalhador. Não é raro encontrar acordos ou convenções coletivas nas quais os sindicatos aceitam que os trabalhadores se submetam a condições que poderiam ser eliminadas por investimento ou minimizadas pela diminuição do número de horas trabalhadas.

A minimização do risco deve ser priorizada quando não for possível eliminá-lo em razão da importância da atividade executada pelo trabalhador. Entretanto, no que tange aos riscos que podem ser eliminados por meio de investimentos, não se pode permitir que o interesse empresarial se sobreponha ao direito, a saúde e a dignidade da pessoa humana, resguardados pela Constituição.

A monetização do direito também deve ser evitada fora do âmbito trabalhista com o intuito de não atribuir valores a fruição dos direitos difusos.

5.8 Requisitos autorizadores para a concessão da tutela de urgência preventiva

Quando se estuda as tutelas⁷² de urgência no direito coletivo ou no direito individual, verifica-se que o legislador definiu os requisitos para a concessão da tutela de urgência.

O Anteprojeto do Código de Processo Coletivo elaborado pelos alunos da pós-graduação *stricto sensu* da PUC Minas incluiu o requisito do fundado receio de dano irreparável ou difícil reparação no inciso I do artigo 42⁷³, para a concessão da tutela de urgência preventiva.

Antes de apontar o posicionamento dos processualistas acerca da irreparabilidade ou dificuldade de reparação do dano é conveniente destacar a crítica de Silva (2003, p. 141), que sustenta que seria mais adequada a utilização do *periculum in mora* no lugar de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista que a categoria do *periculum in mora* é mais adequada à ideia de antecipação e “historicamente ligada às execuções provisórias”.

Em sentido oposto, Nepomuceno (2001, p. 114) afirma que o perigo da demora, exigido para as ações cautelares, se liga a demora inerente ao *iter* procedimental e que essa “demora”, não seria suficiente para autorizar a antecipação de tutela.

Na sequência, apresenta-se o posicionamento de diversos autores acerca da interpretação do requisito do dano irreparável ou de difícil reparação.

⁷² Leal (2010, p.160) faz a seguinte observação acerca do significado da palavra tutela: “Em artigo publicado concluímos que, numa concepção de estado de Direito Democrático, não há que se falar em **tutela**, a não ser da lei de fonte popular, tornando-se, por isso mesmo, anacrônica a expressão tutela jurisdicional pela sentença que, no patamar da reflexão jurídica desse início de século, não pode mais ser entendida como ato de construção do direito, ou supletivo de direito não legislado. Assim, antecipar tutela não é antecipar sentença futura, mas aplicar por antecipação, os conteúdos tutelares da lei pelo ato sentencial interlocutório, se examinado o tema na perspectiva do que dispõe o artigo 273 do CPC vigente ante a teorização empreendida nos institutos da verossimilhança e inequívocidade em juízo lógico da existência de prova no procedimento como fundamento de convicção do juiz.”

⁷³ Art. 42. São requisitos para a concessão das tutelas de urgência de caráter satisfativo:
I - comprovação do risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

5.9 A irreparabilidade ou difícil reparação sob a perspectiva das ações coletivas como ações temáticas

Assis (2001), apesar de ter feito a análise do requisito da irreparabilidade do dano ou difícil reparação tendo como marco teórico o direito individual (perspectiva do sujeito), faz menção em um artigo sobre a possibilidade de haver a extinção do objeto do processo.

A importância da análise do risco de dano irreparável ou de difícil reparação consiste no fato de que o direito pode se extinguir de forma “inexorável”, caso não haja uma proteção preventiva. Dessa forma, a demora do provimento pode atingir o objeto do processo. O autor cita, a título de exemplo, o pedido de concessão de tratamento de saúde ao Estado, tendo em vista que a morte é um dano irreparável. (ASSIS, 2001, p.59).

Conclui o referido autor que o requisito da irreparabilidade ou difícil reparação não pode ser analisado apartado do requisito da verossimilhança, tendo em vista que “o órgão judiciário só deve expedir a liminar, conhecendo sumariamente se o direito alegado for passível de acolhimento em uma sentença futura.” (ASSIS, 2001, p.60).

No processo coletivo, a prevenção, sem dúvida alguma, assume uma posição de destaque, tendo em vista que se trata de situações que envolvem os direitos difusos.

O provimento de urgência nas questões ambientais possui uma importância inquestionável. Cita-se:

[...] em muitos campos a prevenção à incidência de riscos é superior ao remédio. No do ambiente, esta estratégia é clara, já que os danos perpetrados ao meio podem ter sequelas graves e às vezes irreversíveis, caso, por exemplo, da contaminação atmosférica.⁷⁴ (MATEO apud DANTAS, 2005, p. 384, tradução nossa).

De fato, a reparação de um dano ambiental é sempre de difícil ou de impossível reparação como, por exemplo, na devastação de grandes áreas de vegetação de preservação permanente, no assoreamento de rios, na poluição de

⁷⁴ “En muchos campos la evitación de la incidencia de riesgos es superior al remedio. En el del ambiente, esta estrategia es clave, ya que daños importantes irrogados al medio suelen tener secuelas graves y a veces irreversibles, caso por ejemplo de la contaminación atmosférica mundial”.

lagoas que causa a mortandade de peixes, e a extinção de animais da fauna silvestre. (DANTAS, 2005, p.384).

No caso do desmatamento de uma reserva de área permanente, ao deferir a tutela de urgência, o juiz também poderá acolher o pedido de reflorestamento de imediato ou apreciar o pedido de reflorestamento na sentença. (FERRAZ, 2005, p. 572).

Apesar da possibilidade de replantio, Milaré (2007, p. 815) assegura que a reparação não conseguirá restaurar integralmente o dano causado ou a qualidade do meio afetado. Por isso as indenizações e compensações são simbólicas quando confrontadas com o valor da biodiversidade, do equilíbrio ecológico ou da qualidade ambiental. Diante disso, a prevenção é a melhor solução para a preservação do meio ambiente.

A compensação do dano é possível, por exemplo, quando houver a mortandade de peixes devido à contaminação de um rio ou lagoa, restando a prevenção como única solução na hipótese de uma atividade que possa levar à extinção uma determinada espécie. (MILARÉ, 2006, p. 815).

A Lei nº 6.938/1981 prevê que o poluidor tem a obrigação de reparar e/ou indenizar os danos causados. Entretanto, na prática, vislumbra-se que a reparação tem sido preterida, por ser mais onerosa que a indenização.

O dano ao patrimônio cultural também deve ser visto sob a perspectiva da prevenção em detrimento da reparação do dano. Diante da dificuldade de recuperação ou mesmo a sua impossibilidade deve-se ter a prevenção quando forem satisfeitos os requisitos para a sua concessão. A irreparabilidade ou difícil reparação do patrimônio histórico está na dificuldade de reconstruí-lo com os mesmos materiais da época bem como, com a sua originalidade. (MIRANDA, 2006, p. 25).

Nas ações versando sobre o patrimônio cultural, o exame das liminares, considerando que o dano é muitas vezes irreversível, deve ser orientado pelo brocardo *in dubio pro cultura*, prevalecendo tal preocupação em detrimento dos interesses econômicos ou particulares.

Observa-se que, no processo coletivo, a reparação do dano torna-se difícil diante da natureza do bem envolvido. Foi citado acima o exemplo do meio ambiente, cuja reparação pode demorar décadas ou ser até mesmo impossível, caso o dano

seja a extinção de uma determinada espécie de animais ou plantas. O mesmo se aplica ao patrimônio histórico e cultural, diante da dificuldade de encontrar os materiais necessários bem como profissionais capacitados.

5.10 A verossimilhança das alegações

Para Leal (2009, p.152), o elemento verossimilhança:

[...] é colhível da estrutura procedimental processualizada, a sua conceituação demarca-se pelo *devido processo*, não se podendo imaginar antecipação de **tutela** que ocorra em critérios sentençiais antagônicos aos princípios da legalidade ou inexaurientes da efetividade do processo⁷⁵.

Na sequência, o autor assegura que a verossimilhança só é aferível pela estrutura procedimental em que elemento, meio e instrumento de prova integram a alegação. Assim, só seria verossímil a alegação que se construísse pela univocidade (similitude, coexistência) das bases da prova (elemento, meio, instrumento), não porque parecesse eloquentemente, relevante ou verdadeira a alegação ou compatíveis os fatos e a relação de direito material alegado. (LEAL, 2009, p. 157).

Ainda em relação ao termo jurídico verossimilhança, o autor em questão afirma:

[...] há de se afastar a semântica aristotélica que situa o vocábulo como atributo de representação do que ‘poderia acontecer’, sem ter pretensão de ser verdadeiro, ou como o que é semelhante a verdade. Acrescente-se que também as definições de **verdade** que marcam a filosofia das escolas estóicas, hegeliana, fenomenalista e até os semioticistas de hoje desservem a reflexão sobre o tema, porque, na epistemologia jurídica, o pensamento hermenêutico se faz a partir do processo jurídico-constutivo da lei e de sua vigência e incidência, e não de uma ‘realidade pressuposta’ ou suposta [verdade-causal] *a-jurídica*. (LEAL, 2009, p. 158).

Leal (2009, p. 158), com base em Popper, afirma que a verossimilhança⁷⁶ no direito processual não é o que é semelhante à verdade, mas sim o que se pode “ver”

⁷⁵ Segundo Leal (2009, p.151), “[...] processo é instituição constitucionalizada garantidora de direitos procedimentais pelos princípios do contraditório, da isonomia, da ampla defesa, da anterioridade da lei, do dever da jurisdição, do direito ao advogado, da liberdade incondicionada de requerer, caracterizadores do *devido processo* que abrange o chamado direito material modulador dos procedimentos para assegurar a efetividade.”

⁷⁶ A colaboração das partes no processo é sempre parcial, essa parcialidade pode ser superada pelo confronto das contribuições trazidas ao processo visto que cada parte tem interesse em demonstrar

(inferir) pela similitude (conjectura sobre base físico-corroborativa – verossimilitude) das alegações calcadas no elemento prova já integrante da estrutura procedimental.

Leal (2009, p.159) finaliza da seguinte forma:

Seria tautológica [asserção de conteúdo zero] a verossimilhança se sua aferição estivesse adstrita ao senso absolutista de verdade [juízos incontroversos] ou probabilidade engenhosas e não na verossimilitude que traduz, com efetividade, os conteúdos da teoria da prova articulável pelas alegações autorizadas na lei. A *ratio legis* opõe-se, aqui, a um *logus* aleatório, por isso as 'alegações' deverão ser juridicamente conceituais, não abstratamente enunciativas.

Não há uma pacificação acerca do significado processual do termo verossimilhança. Neste trabalho destacou-se diversos posicionamentos, procedendo-se da seguinte forma: partindo da premissa que a verdade processual será alcançada somente ao final do procedimento por meio do confronto das teorias com os fatos, a verossimilhança deve ser encarada como uma “verdade possível”.

O juiz pode ser chamado a decidir em sede de liminar, ou seja, ainda não terá ocorrido o exaurimento dos confrontos entre os fatos e as teorias, por isso não é possível falar em uma verdade processual.

Contudo, o juiz não pode deixar de decidir. A verossimilhança então deve ser encarada como uma aparência de verdade, que o juiz terá acesso por meio do contraditório mesmo que não pleno ou até mesmo pela decisão sem a audiência da parte contrária quando a outra parte demonstrar por meio do elemento prova a urgência da decisão.

5.11 A liminar sem a oitiva da parte contrária

A concessão liminar suscita muitas discussões acerca da sua constitucionalidade. Como foi descrito no decorrer deste trabalho, o instituto da liminar está presente em nosso ordenamento jurídico desde o Regulamento 737 de 1850.

Na sequência destaca-se a seguinte definição de liminar:

“uma parte da verdade”. A importância do contraditório é a possibilidade de confrontar o que é levado ao “processo” “batendo as pedras, de modo a fazer com que se solte a centelha da verdade.” (CARNELUTTI, 2001, p. 67).

Liminar é, antes de tudo, uma decisão no início da lide [*in limini litis*], ou antes, do momento em que normalmente a decisão deveria ser dada em um processo. A decisão liminar é fundada na demonstração de situações de urgência e necessidade que justifiquem essa antecipação de efeitos dados na decisão antecipada. A decisão do processo coincide com o ato final do procedimento. A liminar é uma decisão que antecipa uma providência concreta, seja em caráter preventivo [para a tutela do processo], seja em caráter satisfativo [para inverter o ônus do tempo do processo e conceder àquele que aparentemente tem razão o direito de uso e gozo imediato do bem pretendido através do processo]. (MACIEL JÚNIOR, 2012, p. 5).

Leal (2010, p. 164) sustenta a impossibilidade da concessão da tutela *inaudita altera parte* por causa da violação do princípio da ampla defesa. (Art. 5º, LV, CR/88).

Em outro sentido, Theotônio Negrão *et al* (2010, p. 378) afirmam que a antecipação da tutela sem a audiência da parte contrária deve ser concedida apenas quando a oitiva do réu colaborar para a consumação do dano que se visa evitar.

Parece mais adequado o posicionamento de Theotônio Negrão ao colocar como regra a oitiva da parte contrária antes da concessão da liminar. Em alguns casos o tempo destinado a oitiva do réu poderá causar um dano irreparável ou de difícil reparação.

O fato de a lei autorizar a concessão da tutela sem a audiência da parte contrária não quer dizer que o juiz deve adotar esse procedimento como regra. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 14).

Conforme observado, as liminares estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro desde o Regulamento 737 de 1850 e a sua primeira codificação foi no direito romano. É impossível pensar a tutela de urgência sem a presença da liminar, mas a liminar sem a oitiva da parte contrária deve ser a exceção em respeito às garantias constitucionais-processuais.

6 ESTUDO DE CASO

O propósito deste capítulo é demonstrar a importância prática da tutela preventiva em direitos difusos, para tanto será feito um estudo de dois casos práticos, sendo que o primeiro ainda se encontra pendente de julgamento. Já em relação ao segundo foi realizado um acordo entre as partes para findar o litígio.

6.1 Ação proposta pelo Ministério Público de Minas Gerais em face à Igreja Universal do Reino de Deus

O Ministério Público de Minas Gerais propôs ação civil pública diante da demolição de duas casas protegidas por ato administrativo de inventário devidamente registrado. Os imóveis em questão estavam em análise para fins de tombamento e foram demolidos sem autorização do órgão competente (Autos nº 0024.05.813498-2).

Em novembro de 2004, a congregação religiosa Igreja Universal do Reino de Deus formulou um pedido requerendo a demolição dos imóveis. O pedido foi negado, entretanto houve a autorização para a demolição. (Autos nº 0024.05.813498-2).

Acontece que os referidos imóveis foram demolidos sem qualquer autorização do órgão competente, em razão disso o Ministério Público ajuizou a ação civil pública. (Autos nº 0024.05.813498-2).

Na inicial, foi mencionado que o patrimônio histórico e cultural são bens ambientais, tendo em vista que o “meio ambiente não abrange somente o meio natural (solo, água, fauna, flora e ar atmosférico), mas também o meio ambiente artificial e o meio ambiente cultural.” (Autos nº 0024.05.813498-2).

A afirmativa anterior foi embasada na Lei 9.605/98 (lei dos crimes ambientais) que trouxe, em seu capítulo V, seção IV, os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. Também foi sustentado o direito de fruição do bem cultural, a responsabilização pelos danos ambientais, a condenação pelo dano moral coletivo.

Entretanto, entre os pedidos formulados não se vislumbra o pedido de condenação a reconstrução dos imóveis demolidos. Os pedidos formulados são elaboração de projeto e construção de um memorial aberto ao público em uma

determinada localidade, restauração da Praça Raul Soares e desapropriação e restauração de um determinado imóvel, também situado naquela região, e a condenação ao pagamento de indenização no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

É interessante notar que em nenhum momento foi requerida a reconstrução dos referidos imóveis, sendo essa, a única forma de recompor o patrimônio demolido. É bem verdade que a reconstrução dos imóveis ora demolidos seria excessivamente onerosa, entretanto, não se pode deixar a coletividade ser prejudicada por atitudes que visam somente o benefício próprio.

O local onde se situavam os imóveis é um dos metros quadrados mais caros da cidade de Belo Horizonte e, com certeza, ao demolirem os casarões antigos foi feita uma análise do risco bem como da viabilidade da destruição do meio ambiente cultural.

O caso em análise ainda não foi sentenciado, por causa do grande número de provas produzidas, bem como pela interposição de vários recursos.

6.2 Ação popular proposta em Lavras-MG

Nesse trabalho, mais especificamente no capítulo 4, foi mencionado o posicionamento de Mauro Cappelletti, que sustenta que a legitimação para agir do cidadão não seria viável, pois o “prêmio”, caso o resultado fosse procedente, seria pequeno demais para o cidadão. Os moradores da cidade de Lavras-MG são um exemplo de que essa afirmativa de Cappelletti está incorreta.

O legislativo aprovou um projeto do presidente da Câmara, cujo objeto era a construção de uma nova sede. Porém, para a realização do projeto seria necessário suprimir uma via pública e uma praça.

Os moradores se mobilizaram e fizeram um abaixo assinado que, no período de 60 dias, colheu aproximadamente 10 mil assinaturas. É importante destacar que a cidade possui aproximadamente 90 mil habitantes (Autos nº 007259617.2010.8.13.0382).

As reivindicações da população foram levadas aos representantes do legislativo por meio de um cidadão que entregou o abaixo assinado e pediu a reconsideração do projeto. Diante da manifestação popular, o presidente da câmara iniciou as obras em caráter de urgência. (Autos nº 007259617.2010.8.13.0382).

Por sua vez, os cidadãos se viram obrigados a acionar o judiciário. (Autos nº 007259617.2010.8.13.0382).

A ação foi proposta e o juiz imediatamente concedeu a liminar para paralisar as obras e, em seguida, foi ouvido o representante do Ministério Público que se manifestou contra a paralisação da obra, pois a mesma poderia ser desfeita se ao término do processo a ação fosse julgada procedente. (Autos nº 007259617.2010.8.13.0382).

A decisão de paralisação das obras foi atacada por agravo de instrumento, mas o Tribunal de Justiça de Minas Gerais manteve a decisão do juízo de primeiro grau. (Autos nº 007259617.2010.8.13.0382).

A solução para o caso surgiu da audiência de conciliação designada pelo juízo de primeiro grau, na qual o presidente da Câmara se comprometeu a construir o novo prédio da Câmara sem o fechamento da via pública e sem a supressão da Praça Santo Antônio. (Autos nº 007259617.2010.8.13.0382).

7 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto ao longo dessa dissertação, conclui-se que a técnica e a estrutura judicial devem procurar se harmonizar com as garantias constitucionais-processuais. Nesse contexto, a oralidade surge como uma alternativa para imprimir celeridade sem afrontar os direitos das partes.

Conforme visto, a preocupação com a tutela preventiva não é um fenômeno recente em nosso ordenamento jurídico. O Regulamento 737 de 1850 disciplinava as medidas preventivas que poderiam ser requeridas, inclusive sem a oitiva da parte contrária. O diploma em apreciação também já fazia referência à audiência de justificação prévia.

Durante o período em que os estados federados possuíam competência para legislar sobre matéria processual, a grande contribuição científica foi a possibilidade do deferimento de uma medida cautelar não prevista na lei, cujo requisito autorizador era o perigo iminente. Segundo a pesquisa, trata-se do embrião das medidas cautelares inominadas.

Posteriormente a Constituição de 1934, a União voltou a deter competência exclusiva para legislar sobre matéria processual. No CPC de 1939 as medidas preventivas foram elencadas no Livro V juntamente com as medidas especiais sob a rubrica dos “processos acessórios”.

A lei processual vigente, inicialmente foi elaborada segundo os ensinamentos de Liebman, e foi o primeiro Código do mundo a dedicar um Livro para tratar somente do processo cautelar.

Entretanto, a introdução da antecipação de tutela modificou profundamente o sistema então vigente, diante da possibilidade de se obter uma tutela de urgência satisfativa no bojo do processo de conhecimento. Houve uma ruptura ainda maior após a reforma processual de 2002, a qual passou a permitir o deferimento de uma medida cautelar. Essa alteração trouxe a possibilidade de o juiz deferir uma medida cautelar em sede de antecipação de tutela, o que, na prática, sepultou o Processo Cautelar.

Ao analisar-se o Projeto de Lei nº 8.046/2010, depara-se com a eliminação do Livro destinado ao processo cautelar e com a proposição de um novo sistema para deferimento das tutelas de urgência. A proposição gira em torno da tutela de

urgência preventiva, satisfativa e de evidência, muito embora a tutela da evidência também seja de natureza satisfativa.

Em relação à teoria das ações temáticas, concluiu-se que se trata de uma nova direção para o estudo do processo coletivo brasileiro, ao explicar que o “interesse” consiste na manifestação de um indivíduo em face de um bem. Sendo assim, praticamente desaparece a possibilidade de se falar em “interesse coletivo”, tendo em vista que o “interesse” é sempre individual. Diante disso, propõe-se falar em interessados, que são todos aqueles que possuem um interesse em face de um bem tutelado pela lei.

A objetivação do direito também é um avanço, pois define a tutela coletiva a partir da análise do objeto e não a partir do número de pessoas atingidas. Dessa forma, se a discussão sobre o objeto atingir um número determinado ou indeterminado de pessoas a demanda será coletiva.

A adoção de um sistema no qual a legitimidade seja concorrente é indispensável, sob pena de afrontar a própria natureza do direito coletivo que é a participação. Por fim a construção participada do mérito consiste em uma técnica que viabiliza a participação de todos os interessados.

Diante das próprias características dos direitos difusos, entende-se que a construção teórica para acomodar o dissenso entre a normatividade e a compreensão teórica deve ser preventiva ante a dificuldade ou impossibilidade de reparação do direito violado.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2 ed. rev. e ampl. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007

ABREU, José. **Os procedimentos cautelares no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

AGUIAR, João Carlos Pestana de. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v.4.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

ALMEIDA JÚNIOR, **Direito judiciário brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Procedimento sumário na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ANDOLINA, Italo. Il tempo e il processo. **Revista de processo**, São Paulo, ano 34, n. 176, out. 2009.

ANDRADE, Lourenço. Adicional de insalubridade como instrumento de monetização da saúde do trabalhador. **Revista Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v.15, n. 174, dez. 2003.

ANTEPROJETO do Código De Processo Coletivo Brasileiro. Elaborado pelos alunos do programa de pós-graduação em direito da PUC Minas, sob a coordenação do Prof. Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior. 200 p. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/Processo%20Coletivo.pdf>>. Acesso 03/09/2010.

ARAGÃO, Egas Moniz de. Alterações no código de processo civil: tutela antecipada e perícia. In Revista de Processo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 21, n. 83, jul./set. 1996.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.4.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 65, 1997.

ARRUDA, José Manoel Alvim. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ASSIS, Araken de. Extinção do processo por superveniência do dano irreparável. **Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, ano 23, v. 23, 2001.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARBOSA, José Carlos Moreira. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ano 3, n. 13, , set-out. 2001.

BARBOSA, José Carlos Moreira. **O novo processo civil brasileiro**. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas urgentes de família no código de processo civil: sistematização e exegese**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Rev. Atual. Salvador: Jus Podivm, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1939**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 20 out. 2011.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 28 nov. 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 14 nov. 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. **O poder público em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2005.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 7, n. 27, jul./set. 1982,

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v.3.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CALDEIRA, Adriano. **Aspectos processuais das demandas coletivas**. São Paulo: Ridel, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMPOS, Antônio Macedo de. **Medidas cautelares: teoria, prática e jurisprudência**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1989.

CAMPOS, Francisco. A reforma processual. In: MORATO, Francisco et al. **Processo oral: coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.

CAPPELLETTI, Mauro. Tutela dos interesses difusos. Porto Alegre: **Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul**, Ano 12, n. 33, p.169-183, mar. 1985.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A origem romana da tutela antecipada**. São Paulo: LTR, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela: exposição didática**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, v.3.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASAGRANDE, Érico Vinícius Prado. Efetividade do direito e eficiência do judiciário. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de tutela: processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

CASEIRO, Luciano. **Lide cautelar**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1996.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 1999.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria do processo**. São Paulo: LTR, 2000.

CASTRO, José Antônio de. **Medidas cautelares**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1979.

CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Trad. Osvaldo Magnon. In: **processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

COSTA, Fábio Silva. **Tutela antecipada: hermenêutica, acesso à justiça e princípio da efetividade processual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa**. 2. ed. ver. acrescida de 124 pág. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1996.

CUNHA, Belinda Pereira da. **Antecipação da tutela no código de defesa do consumidor: tutela individual e coletiva**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. Tutela antecipada e tutela específica na ação civil pública ambiental. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito a jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC/Minas, 2006, p.653-663.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. **Manual elementar de processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DINI, Mario. **I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile**. 2. ed. rev. e atual. Milano: Dott. A. Giuffré, 1957.

DINIZ, Suzana Rocha Savoi. Antecipação de tutela nos tribunais e nas demandas em face das pessoas jurídicas de direito público. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de tutela**: processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2009.

DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo Revista dos Tribunais, 2005.

FIUZA, César Augusto de Castro; SOUZA, Adriano Stanley Rocha. A tutela antecipada e o instituto da evidência no processo civil americano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, v.1, n. 1, jan./jul. 1998.

FRANÇA, Fernando Luís. **A antecipação de tutela ex officio pelo juiz face ao abuso do direito de defesa e ao manifesto propósito protelatório (artigo 273, inciso II do CPC)**. Belo Horizonte: Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós graduação *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2001.

FUX, Luiz. **Tutela antecipada e locações**: os fundamentos da antecipação de tutela e sua aplicação na relação locatícia. 2. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1996.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e evidência**: fundamentos da tutela antecipada. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Nova revisão e tradução por Elenio Paulo Giachini e Maria Sá Cavalcante Schuback. 5. ed. 1999.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direito processual civil IV**: processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.12

GALENO, Lacerda. **O novo direito processual civil e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Processo de execução e cautelar**. 2. ed. rev. e atual. v.12, São Paulo: Saraiva, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

GUERRA, Adriana Diniz de Vasconcelos. **A tutela antecipada e sua admissibilidade em sede de ação rescisória**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUIMARÃES, Luís Machado. O processo oral e o processo escrito. *In: processo oral*. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.

GUIMARÃES, Marco Antônio Miranda. **A ação cautelar inominada**. 4. ed. Porto Alegre: Sulriograndense, 1987.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KARPAT, Ladislau. **A tutela antecipada na defesa da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LEAL, Antonio Luiz Camara. **Código de processo civil e comercial do Estado de São Paulo**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1930.

LEAL, Rosemiro Pereira. Fundado receio de dano irreparável na antecipação de tutela no processo civil. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**: Belo Horizonte, v.3, n.5 e 6, p.232-237 (1º e 2º sem. 2000).

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**: Fórum, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTR, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. Trad. e notas: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v.1.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas preventivas – medidas preparatórias – medidas de conservação**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MACHADO, Roberto. **Nietzsche e a verdade**. São Paulo: Graal, 1999.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Proteção à saúde do trabalhador. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.1, n. 1, jan./jun. 1998.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTR, 2006.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Audiência pública** realizada no Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região no dia 14 de novembro de 2011.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Tutelas de urgência satisfativas X execução provisória**: contradições de um CPC retalhado. Artigo disponibilizado pelo autor ainda não concluído, 2012.

MAGALHÃES, Joseli Lima. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias. In: LEAL, Rosemiro Pereira; ALMEIDA, Andréa Alves de (Coord.). **Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para a elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos & Cruz, 2011.

MAGALHÃES, Leonardo Cardoso de. O procedimento cautelar na perspectiva da teoria neoinstitucionalista de processo – reformulação crítica pelo discurso democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira; ALMEIDA, Andréa Alves de (Coord.). **Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para a elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos & Cruz, 2011.

MALLET, Estêvão. **Antecipação da tutela no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 4. ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v.37, p.37-64, jan. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.4.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. **Tutela cautelar: teoria geral do poder geral de cautela**. Curitiba: Juruá, 1996.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. v.4, São Paulo: Saraiva.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. rev. e ampl. Completada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millenium, 2000, v. 5.

MEDEIROS, Saboia. Processo oral. *In: processo oral*. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.52.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: gestão ambiental em foco, doutrina e jurisprudência**. 5. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A antecipação de tutela no Estado Democrático de Direito à luz da efetividade da tutela jurisdicional. **Revista Jurídica Notadez**. São Paulo: Fonte do direito, 2006.

MIRANDA FILHO, Juventino Gomes de. **O caráter interdital da tutela antecipada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRANDA, Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo IV, Rio de Janeiro: Forense, 1949.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo VIII, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e Estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada, cautelar e procedimentos especiais**. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTENEGRO NETO, Francisco. A súmula 405 do TST e a fungibilidade das tutelas de urgência. **Revista IOB trabalhista e previdenciária**. Porto Alegre, 2006, v.17, n. 201, Março.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MORATO, Francisco. A oralidade. In: MORATO, Francisco et al. **Processo oral: coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.

MULLER, Yara. **Dos processos acessórios e modelos processuais**. Rio de Janeiro: Pongetti, 1996.

NEPOMUCENO, Luciana Diniz. **A antecipação de tutela na ação rescisória**. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação *stricto sensu* da PUC Minas, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. **Medidas cautelares inominadas satisfativas ou justiça cautelar**. São Paulo: LTR, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Allan Helber de. **O réu na tutela antecipatória do código de processo civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Allan Helber de. Provimentos de urgência: aspectos históricos e doutrinários. In: FIÚZA, César. (Coord.) **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: LTR, 2011.

PACHECO, José da Silva. **O atentado no processo civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. v.10, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.

PEREIRA, Luiz César da Silva. Tutela jurisdicional preventiva do meio ambiente: considerações acerca da tutela inibitória. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./jun. 2008

PINTO FERREIRA, **Medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1983.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1965.

POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**. Trad. Sérgio Bath. 2. ed., Brasília: Universidade de Brasília. 1982.

RABONEZE, Ricardo. Antecipação da tutela *initio litis e inaudita altera parte*. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre: Ano 1, n.1, set./out. 1999.

Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103248/decreto-737-50>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

RIBEIRO, Arthur. **Código de processo civil do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Geraes, 1922.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, V. 2.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. Antecipação de tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 24, n. 96, out./dez. 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. V.2

SERBENA, César Antônio. Considerações sobre o juiz, a sentença e a tutela preventiva na história do processo civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná**. Curitiba. 2004, n.1.

SIANO, James Alberto. Tutela antecipada. *In*: **Temas sobre tutela de urgência**. Coord. Jorge Luiz de Almeida. São Paulo: Arte e Ciência, 2002.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Do processo cautelar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de direito processual civil**. vol. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, De Pácido. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. rev. e atual. Nagibi Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Edward Carlyle. **Direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Hermeneutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta”. *In*: **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Coord. Machado, Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TARSKI, Alfred. **Concepção Semântica da Verdade - Textos Clássicos**. São PAULO: UNIFESP, 2006.

TAVARES, Fernando Horta, Tempo e processo. *In: Urgências de tutela: processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade no Estado Democrático de Direito*. Coord. Fernando Horta Tavares. Curitiba: Juruá, 2009.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Medidas cautelares**: de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1974.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela cautelar**: direito processual ao vivo. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**: medidas cautelares e antecipatórias. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. rev. atual. 20. ed. Bela Vista: Livraria e Editora Universitária de Direito. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 46. ed. rev.e atual. V.II, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§7º do art. 273 do CPC). **Revista de Processo**. Revista dos Tribunais, 2007, ano 32, n. 144, fev.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da ação civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: La legittimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de processo civil**: processo cautelar e procedimentos especiais. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *In: Reforma do código de processo civil*. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.