

Universidade Católica de Pernambuco
Departamento de Ciências Jurídicas
Pós Graduação *Stricto Sensu*
Mestrado em Direito
5ª Turma

Ana Carolina Borba Lessa Barbosa

**AS MEDIDAS DE URGÊNCIA COMO ELEMENTO DE
AVALIAÇÃO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DE UM
PROCESSO TEMPORALMENTE JUSTO**

Orientador: Prof.º Dr.º João Paulo Allain Teixeira

Recife
2010

Ana Carolina Borba Lessa Barbosa

**AS MEDIDAS DE URGÊNCIA COMO ELEMENTO DE
AVALIAÇÃO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DE UM
PROCESSO TEMPORALMENTE JUSTO**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, promovido pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

Orientador: Prof.º Dr.º João Paulo Allain Teixeira

Recife
2010

B238m

Barbosa, Ana Carolina Borba Lessa

As medidas de urgência como elemento de avaliação da duração razoável de um processo temporalmente justo / Ana Carolina Borba Lessa Barbosa ; orientador João Paulo Allain Teixeira, 2010.
128 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2010.

1. Processo civil. 2. Direito processual. 3. Prazos (Direito).
I. Título.

CDU 347.9

Universidade Católica de Pernambuco

**AS MEDIDAS DE URGÊNCIA COMO ELEMENTO DE
AVALIAÇÃO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DE UM PROCESSO
TEMPORALMENTE JUSTO**

Ana Carolina Borba Lessa Barbosa

Dissertação submetida ao corpo docente do Mestrado em Direito promovido pela
Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP),
aprovada em 18 de Janeiro de 2011.

Banca Examinadora:

Prof.º Dr.º João Paulo Allain Teixeira, Doutor em Direito pela Universidade Federal de
Pernambuco – Orientador. _____.

Prof.º Dr.º Sérgio Torres Teixeira, Doutor em Direito pela Universidade Federal de
Pernambuco – Examinador Interno. _____.

Prof.ª Dr.ª Liana Cirne Lins, Doutora em Direito pela Universidade Federal de
Pernambuco – Examinadora Externa. _____.

Como é possível uma pessoa fazer a sua vida melhorar tanto?
Como é possível uma pessoa ser tão compreensiva?
Como é possível uma pessoa ser tão companheira?
Como é possível uma pessoa gostar dos seus defeitos?
Como é possível uma pessoa fazer com que a outra se sinta tão segura?
Como é possível amar tanto uma pessoa?
Dedico a você, Antonio Nunes Barbosa Filho, meu amado esposo,
Que me mostrou que tudo isto é possível!
Como também dedico à nossa filha, Ana Clara Lessa Barbosa.

AGRADECIMENTOS

Várias pessoas, com certeza, tiveram um papel importante para que este trabalho se concretizasse, sendo muitos os nomes que deveriam ser relacionados para não incorrer em injustiças.

Devo, contudo, lembrar algumas pessoas especiais que influenciaram muito o meu desenvolvimento acadêmico.

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira, exemplo de professor, exemplo de cientista do Direito, pessoa a quem devo o eterno agradecimento pela oportunidade de desenvolver os estudos de pós-graduação em sentido estrito, no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), e pelo apoio neste trabalho, encontrando, dentro de tantos afazeres, o precioso tempo para minha orientação, e, conseqüente apresentação à comunidade acadêmica.

Prof.^a Dr.^a Virgínia Colares, pela amizade sincera e por ter mostrado para mim e, creio, para todos os que com ela convivem o exemplo de vida e de ser humano, bem como de grande estudiosa da Análise Crítica do Discurso.

Prof.^a Dr.^a Marília Montenegro, coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), pela atenção e generosidade nos atendimentos junto à Coordenação, em razão da gestação da minha pequena Ana Clara.

Prof. Dr. Sérgio Teixeira Torres, pelas preciosas dicas sobre a efetividade do processo e sua duração razoável.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade abordar as medidas de urgência como elemento de avaliação da duração razoável de um processo temporalmente justo. Tal como em todos os trabalhos acadêmicos, que se procura encontrar uma resposta para uma dada pergunta, ou, a solução para um determinado problema, esta dissertação tem como propósito procurar saber se as medidas de urgência, previstas no Código de Processo Civil, são suficientes para determinar a duração de um processo como temporalmente justo. Na elaboração do presente estudo foram abordadas as seguintes temáticas: as dimensões do tempo, sua relação com o universo jurídico e o contexto da urgência nessa particularidade; os fundamentos do tempo e do Direito; as medidas de urgência no Direito (com enfoque para a prestação da tutela jurisdicional e a efetividade do processo - garantia de uma duração razoável do processo e o reajustamento de garantias processuais, em termos de atenuação da duração e da simplificação processual); as semelhanças e diferenças das cautelares e da antecipação dos efeitos da tutela sob a ótica de Piero Calamandrei e Ovídio Araújo Baptista da Silva; a constitucionalização da tutela de urgência; o Direito na Pós-Modernidade e sua crise; e, a jurisdição de urgência e a necessidade de redimensioná-la. Chegando-se à conclusão de que as medidas de urgência, previstas no Código de Processo Civil, são insuficientes para resolver os problemas da sociedade pós moderna.

Palavras-chave: Medidas de Urgência. Processo Temporalmente Justo. Duração Razoável do Processo.

ABSTRACT

This study aims to address the urgent measures as an assessment of a reasonable duration of process temporally fair. As in all academic work, which seeks to find an answer to a given question or the solution to a given problem, this thesis aims to whether the emergency measures, the Code of Civil Procedure, are sufficient to determine the duration of a temporal process as fair. In preparing this study explored the following themes: the dimensions of time, his relationship with the universe and the legal context of urgency in this particularity, the grounds of time and law; emergency measures in the law (with a focus on the provision of and effectiveness of the judicial process – ensuring a reasonable period of readjustment process and procedural guarantees in terms of attenuation of the duration and procedural simplification) the similarities and differences between the conservative and anticipating the effects of protection from the perspective of Piero Calamandrei and Ovid Baptista da Silva Araújo, a constitution for the protection of emergency; Law in Post-modernity and its crisis, and the jurisdiction of urgency and the need to resize it. He came to the conclusion that the emergency measures, the Code of Civil Procedure, are insufficient to solve the problems of postmodern society.

Key-words: Emergency measures. Temporally fair process. Reasonable duration of the procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PROCESSO TEMPORALMENTE JUSTO	16
1.1 O tempo e o universo jurídico	16
1.2 O tempo, o direito e a urgência	20
2 AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO COM ENFOQUE PARA A OBRA DE OVÍDIO DE ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA E PIERO CALAMANDREI	31
2.1 Tutela jurisdicional e efetividade do processo	31
2.2 Principais características da tutela cautelar na concepção de Piero Calamandrei e Ovídio Araújo Baptista da Silva	45
2.2.1 A instrumentalidade da tutela cautelar	45
2.2.2 A provisoriedade dos procedimentos cautelares	46
2.2.3 O <i>periculum in mora</i>	47
2.2.4 A ação cautelar como forma de tutela preventiva na concepção de Ovídio Araújo Baptista da Silva	49
2.2.5 A temporariedade vista por Ovídio Araújo Baptista da Silva como característica da tutela cautelar	51
2.2.6 O dano irreparável por Ovídio Araújo Baptista da Silva	54
2.2.7 A sumariiedade de cognição na ótica de Ovídio Araújo Baptista da Silva	55
2.2.8 Distinções entre tutela cautelar e tutela antecipada a partir da teoria de Ovídio Araújo Baptista da Silva	57
2.2.9 Fungibilidade entre medidas urgentes	59
2.2.9.1 Posicionamentos pela (in) fungibilidade entre medidas cautelares e medidas antecipatórias	63
2.2.9.2 Posicionamentos pela fungibilidade entre medidas urgentes	64
2.2.10 A técnica processual de antecipação de tutela adotada pelo direito italiano	69
2.3 A constitucionalização da tutela de urgência	70

2.3.1 A relação constituição/processo: em busca de uma nova dimensão para o direito processual civil	77
2.3.2 O princípio da proporcionalidade como forma de garantir a efetivação dos direitos fundamentais	78
2.3.3 A proteção aos direitos fundamentais através da teoria do agir comunicativo	82
3 O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE E A SUA CRISE	85
3.1 O progresso do mundo contemporâneo e a insuficiência da teoria jurídica da modernidade	88
3.2 O tempo na sociedade globalizada: a necessidade de adequação do direito processual civil à realidade contemporânea	94
3.3 A atividade jurisdicional como ato de criação: a superação da ideia do “juiz boca da lei”	99
3.4 A comunicação entre direito processual civil e o mundo da vida: realidade social x instrumentalidade	105
4 A JURISDIÇÃO DE URGÊNCIA – A NECESSIDADE DE (RE) DIMENSIONÁ-LA	108
4.1 A tutela de urgência no sistema legislativo brasileiro e a necessidade de superação do modelo anacrônico de processo	108
4.2 Da flexibilização dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada	111
4.3 A tutela cautelar como instrumento de realização de direitos	113
4.3.1 A função do processo cautelar	113
4.3.2 A instituição de apenas medidas cautelares inominadas no sistema legislativo: a revogação de todas as medidas cautelares nominadas	115
CONCLUSÃO	118
BIBLIOGRAFIA	123

INTRODUÇÃO

O processo civil ultrapassou várias fases até chegar ao atual momento. Tido inicialmente como mero apêndice do Direito material (fase procedimentalista), ergueu-se como ciência autônoma em relação aos demais ramos do Direito na fase autonomista, que teve seu marco com o pensamento de Oskar Büllow em 1968, e hoje repousa na fase instrumentalista.

Pensar o processo como instrumento de realização prática do Direito material significa buscar e aprimorar técnicas de otimização do sistema processual. A necessidade de aproximação do processo ao Direito material faz com que o legislador desenvolva mecanismos mais efetivos de satisfação. Não basta ao Estado a entrega de uma tutela jurisdicional meramente formal. Ao revés, a “tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo”, ensina o professor BEDAQUE (2003, p. 29).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIV, garante que ninguém será privado do patrimônio e da liberdade sem o devido processo legal. De outro lado, a Carta Magna também, em seu art. 5º, XXXV e LXXVIII, consagra o acesso à ordem jurídica justa e a necessidade da entrega da tutela jurisdicional em prazo razoável.

Dessa consagração, surgem os termos celeridade e razoável duração do processo. O processo deve durar o tempo necessário para cumprir os seus fins, sem dilações indevidas ou diligências inúteis.

À semelhança de um coro de estudiosos do tempo, que invocam a secular proposição agostiniana para se protegerem perante a complexidade do tema, também nós o fazemos:

O que é o tempo? Quem o poderá explicar facilmente e com brevidade? Quem poderá apreendê-lo, mesmo com um pensamento, para proferir uma palavra

acerca dele? Que realidade mais familiar e conhecida do que o tempo evocamos na nossa conversação? E quando falamos dele, sem dúvida compreendemos, e também compreendemos quando ouvimos alguém falar dele. O que é, pois, o tempo? Se ninguém me pergunta, sei o que é; mas se quero explicá-lo a quem me pergunta, não sei: no entanto, digo com segurança que sei que, se nada passasse, não existiria tempo passado, e se nada adviesse, não existiria tempo futuro, e, se nada existisse, não existiria o tempo presente (SANTO AGOSTINHO, 2001, p.298).

Enfim, o tempo não se define. E medir a sua duração também não é algo que se apresente como suscetível de realizar, de acordo com uma unidade de medida de agrado universal. Parece ser, pois, impossível medir o *continuum* de acordo com um só critério. Com efeito, o tempo espacializado, o medido, o cronológico, o convencional, o calendarizado, o da ampulheta, ou, o do nosso relógio de bolso parece ser universal. Mas corresponderá ele ao tempo real ou *la durée*? Na verdade, como medir quanto tempo realmente passa enquanto se está à espera de algo bom ou mau, já que os momentos da duração real não são estáticos, nem se conservam para poderem ser comparáveis e medíveis? Mas, isso não será possível senão seguindo a lógica do tempo psicológico. Na realidade, ao contrário do tempo físico, que flui sempre de forma uniforme, parece existir um tempo da consciência que é radicalmente diferente daquele que indicam os relógios, podendo variar conforme as circunstâncias, dando a impressão de estagnar, ou, pelo contrário, acelerar.

Na nossa consciência, o presente reveste-se de um remanescente instante precedente e de uma antecipação do momento seguinte. Neste contexto, como se poderá contabilizar o tempo de espera de uma sentença que decidirá sobre um direito de alguém, ou, como se poderá apurar se a duração de certo processo que correu no Tribunal excedeu ou não a duração razoável. Cumpre, pois, perceber que as questões que normalmente se colocam em torno do tempo ganham particularidades no contexto do universo jurídico.

Com efeito, o tempo não é apenas um objeto caro ao pensamento dos filósofos, nem é apenas algo sobre o qual os sociólogos e cientistas meditam. O tempo tem uma dimensão eminentemente social e jurídica. E o tempo jurídico revela-se em diversas dimensões, tanto cronológicas como de normatividade.

Cumprer notar, contudo, que o tempo é um elemento integrante da atuação dos diversos poderes estaduais, do legislativo, do executivo e do jurisdicional, sendo que se revela como condicionante da atuação do sujeito jurisdicional.

E assim, revelando-se o tempo presente como uma dimensão de tempo assaz instantânea, incompatível com a proteção de certas situações carentes de tutela jurisdicional, cumpre perceber a função excepcional que a Lei Fundamental vem atribuir a um sujeito jurisdicional especial. Assim, autorizado a agir contra tempo e legitimado a antecipar-se no tempo, o sujeito jurisdicional vem colocar-se na dimensão do presente – de um presente que é simultaneamente passado muito recente e futuro muito próximo – e vem realizar a proteção das pretensões jurídicas que só existem nessa mesma dimensão do presente, as pretensões jurídicas urgentes, assegurando assim a tutela jurisdicional efetiva.

A função excepcional deste especial juiz da urgência só se compreende bem no contexto de uma sociedade que passa por um processo de transformação séria também ao nível cultural, *id est*, de uma comunidade que radicaliza a sua relação com o tempo, em termos que a preferência pelo presente surge à custa da desvalorização do futuro.

Na verdade, muito mais do que um problema da aceleração do tempo, a sociedade tecnológica endeusa o presente e reina absolutamente nele, e, um pouco à semelhança de *Chronos*, corta os seus laços com o futuro. Aliás, neste tipo de sociedade apagam-se as distâncias cortantes entre presente, passado e o futuro – o presente é simultaneamente passado e futuro.

O tempo e a temporalidade jurídica se revelam de diferentes modos no campo do Direito.

Aliás, a impossibilidade de o sujeito legislativo tipificar à partida o tipo de pretensões jurídicas de urgência a tutelar prioritariamente prende-se com incapacidade de previsão da própria situação de urgência. E a atipicidade de tais pretensões jurídicas urgentes acentua-se numa sociedade de risco, mormente quando se entra numa terceira fase

da sua história e o risco se assume com um outro rosto e uma outra escala, contornando os tradicionais instrumentos de prevenção.

Esta fase é a do risco enorme, catastrófico, irreversível, pouco previsível, que frustra a capacidade de prevenção e de domínio do homem. E, no contexto desta incerteza, o sujeito jurisdicional de urgência tem, pois um papel relevante na interpretação das normas de acordo com os princípios da prevenção, da precaução e proporcionalidade, tanto mais quanto se sabe que estes efeitos desconhecidos e inesperados que decorrem das opções técnicas, passaram a ser na sociedade de risco a força dominante.

E há domínios do Direito Público que exigem novos tópicos inspiradores, tópicos que atendem ao tempo justo ou à duração justa dos procedimentos e das garantias que impõem a consideração da situação de urgência. É neste domínio que a tensão entre a *la durée* processual e a urgência ganha novo fôlego, mormente porque as novas técnicas processuais são chamadas para concretizar nesses domínios o direito ao processo efetivo e temporalmente justo.

Por outras palavras, o que se colima é a efetividade do processo, conceito indeterminado, mas cujo perfil foi desenhado por BARBOSA MOREIRA (1986, p.27) nestes termos:

O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível a todos os direitos contemplados no ordenamento jurídico, que resultam de expressa previsão normativa, que possam inferir no sistema (a); Esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos (b); Impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade (c); Em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento (d); Cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e de energias (e).

Ao lado dos imperativos constitucionais acima transcritos, em 1994, com a entrada em vigor da Lei nº 8952, que incorporou ao Código de Processo Civil Brasileiro a

antecipação dos efeitos da tutela, buscou-se uma maior efetividade do processo civil, já que possibilita ao juiz aplicar tal instituto no âmbito do procedimento comum ordinário e sumário.

Essa alteração legislativa noticia a quebra do paradigma liberal do processo e a necessidade de o operador do Direito, máxime o juiz, assumir uma nova postura menos passiva e mais atuante na luta pela realização efetiva do Direito material.

Entre os vários aspectos que cercam o tema, o presente estudo destacou o processo temporalmente justo, as medidas de urgência e a duração razoável do processo.

Tal como em todos os trabalhos acadêmicos, que se procura encontrar uma resposta para uma dada pergunta, ou, a solução para um determinado problema, esta dissertação tem como propósito procurar saber se as medidas de urgência, previstas no Código de Processo Civil, são suficientes para determinar a duração de um processo como temporalmente justo.

Quanto ao objeto de estudo, as medidas de urgência como elemento de avaliação da duração razoável de um processo temporalmente justo, cumpre dizer que ele inclui fundamentalmente a disciplina jurídica que rege os processos no ordenamento jurídico brasileiro. Destaque-se, aliás, que o direito ao processo efetivo e temporalmente justo ganhou estatuto constitucional, a partir da Emenda Constitucional n°45/2004.

Para tanto, inicia-se o trabalho com o estudo das dimensões do tempo, sua relação com o universo jurídico e o contexto da urgência nessa particularidade (Capítulo 1). Após firmar os fundamentos do tempo e do Direito, passa-se à verificação das medidas de urgência no Direito, destacando a prestação da tutela jurisdicional e a efetividade do processo (garantia de uma duração razoável do processo e o reajustamento de garantias processuais, em termos de atenuação da duração e da simplificação processual); as semelhanças e diferenças das cautelares e da antecipação dos efeitos da tutela sob a ótica de Piero Calamandrei e Ovídio Araújo Baptista da Silva; e, a constitucionalização da tutela de

urgência (Capítulo 2). Em seguida, no Capítulo 3, se faz uma abordagem sobre o Direito na Pós-Modernidade e sua crise, para, finalmente, tratar da jurisdição de urgência e a necessidade de redimensioná-la (Capítulo 4). Em seguida, apresentamos nossas conclusões.

No que concerne à metodologia desenvolvida, cumpre salientar que, na medida em que o propósito desta dissertação foi procurar saber se as medidas de urgência, prevista no Código de Processo Civil, são suficientes para determinar a duração de um processo como temporalmente justo, o estudo desembocou na identificação das qualidades e das características que tal tipo de tutela jurisdicional teria de possuir, para assim poder ser classificada. E, foi exatamente neste contexto que nos deparamos com obras dos autores das diferentes escolas e com as metodologias de ordem sistemática desenvolvidas nos respectivos trabalhos. O método utilizado foi o dedutivo, com aplicação da técnica de pesquisa bibliográfica.

Enfim, a ideia que se pretende demonstrar através do presente estudo é que a concretização do Direito Processual efetivo e temporalmente justo precisa da existência da categoria de tutela jurisdicional de urgência. Aqui não se apresenta outra solução para fazer parar o tempo.

1 PROCESSO TEMPORALMENTE JUSTO

1.1 O tempo e o universo jurídico

O tempo não é apenas um objeto caro ao pensamento dos filósofos, nem é apenas algo sobre o qual meditam os sociólogos, os cientistas, os escritores e os homens em geral. O tempo não tem uma dimensão eminentemente social e, sendo o Direito um fenômeno social, ele tem também uma dimensão jurídica. Aliás, no contexto do Direito, se pode dizer que, não obstante o tempo e o processo serem termos inconciliáveis, nenhum deles se realiza sem o outro.

O tempo, na noção dos filósofos e dos sociólogos, também se integra na realidade dos interesses mundanos e na sociedade. E, esta se caracteriza pela aceleração do tempo e pela crise de referências. Da sociedade agrícola à sociedade industrial, vive-se hoje a sociedade da internet. O tempo foi, pois, reduzido ao instante. E a sociedade da instantaneidade e da opinião reduziu o processo a um bem de consumo, e, a jurisdição a um hipermercado judiciário. Cada ator no processo tem, no entanto, a sua própria percepção do tempo.

E o processo tem o seu próprio ritmo. Uma visão social do tempo jurídico impõe uma visão cronológica: um segmento linear da sociedade e da atividade dos sujeitos. Esta visão simplificada é familiar aos juristas que estão habituados a contar prazos e a medir o tempo pelo calendário. A continuidade corresponde a um postulado da dogmática jurídica e esta atitude é reforçada pelo percurso intelectual clássico: o Direito resultava normalmente do tempo abstrato e uniforme ao qual se refere o homem comum, na sua vida cotidiana.

Este tempo qualificável, medível, é o tempo sucessivo, homogêneo e irreversível.

Contudo, o tempo tem também de ser visto a partir de uma perspectiva qualitativa.

É a perspectiva da apreciação do tempo jurídico que dá relevância à situação de urgência e é ela que alerta para a necessidade da consagração da tutela jurisdicional de urgência.

Antes de Galileu, o tempo era pensado na sua relação com as atividades do cotidiano. Servia essencialmente aos homens como meio de regulação da sua co-existência, em conformidade com o curso global dos acontecimentos terrestres. A descoberta da lei da queda dos corpos de Galileu abriu as portas da Física ao tempo, transformando a representação que dele os homens faziam.

Mesmo quem não queira meditar profundamente sobre a sua natureza percebe que o tempo se nos apresenta como um dado irrenunciável. Contudo, os traços deste dado não se revelam uniformes, variando os seus contornos em função das perspectivas de visão e de reflexão. Enfim, o tempo é mais facilmente compreendido se o remetermos para o universo da Mitologia.

A mitologia grega explica o tempo através de *Chronos*, o Deus supremo do presente, que, querendo reinar num *continuum* sem limite, mata o passado e aniquila o futuro. Obrigado por Zeus, seu único filho, a regurgitar o futuro, surge o presente e fica assim restabelecido o movimento do tempo, nas dimensões do futuro, presente e passado.

Enfim, o nosso cotidiano se rege por uma aproximação da noção de tempo, do tempo cronológico: o ontem, o hoje e o amanhã.

Nós habitamos o tempo.

Contudo, a compreensão do tempo na perspectiva da temporalidade, enquanto expressão histórica da nossa vivência com os outros, no tempo e pelo tempo, exige mais do que uma consideração que reduz o tempo a um simples objeto ou a uma categoria apriorística, enquanto pura condição formal da intuição do mundo sensível. Enfim, o tempo

se apresenta como um dado da natureza, um fenômeno físico e separado dos homens, um elemento psicológico e reduzido ao sujeito, ou, um objeto, algo diferente disso: uma categoria apriorística, como queria KANT (1967, p. 55), enquanto forma pura do sensível.

De fato, para este autor, o espaço e o tempo são formas *a priori* da sensibilidade ou maneira que o sujeito tem de organizar as percepções, são quadros ou condições prévias para a formação das percepções.

A percepção da compreensão do tempo surge numa dimensão onto-antropológica. Na verdade, o rompimento com a concepção metafísica do tempo é defendida por HEIDEGGER (1995, p.24) e surge na sua obra *Sein und Zeit*, onde lança pela primeira vez uma compreensão do tempo e do ser, segundo a qual o ser só tem sentido no tempo e este só se densifica na existência de cada um de nós.

Na verdade, o tempo depende da experiência mais íntima da consciência individual, que pode viver um minuto de relógio, ora como tempo interminável, ora como puro instante fugaz. Aliás, o tempo especializado, ou, o tempo medido, não é estático, nem se conserva para poder ser comparável e medível. Para medir o tempo é preciso pará-lo.

Mas, o tempo é também compreendido como fenômeno social. Na realidade, quer se viva o tempo numa perspectiva objetiva ou subjetiva, ele é também uma construção social: questão de poder.

O tempo é uma realidade que se constrói.

De fato, sem o tempo, como pode alguém e uma sociedade orientar-se? O tempo cronológico, como função eminentemente social, tem não apenas raízes nas sociedades primitivas, como desempenha um papel central na Grécia antiga, na sociedade política ateniense, onde se recorria à areia e à ampulheta para medir a duração dos discursos dos políticos, como tem na atualidade.

Há quem afirme que o tempo abarca todo o fenômeno social, toda a forma de vida.

Ora, se o tempo tem esta dimensão social, o Direito como fenômeno social tem também uma dimensão temporal. Será possível, contudo, configurar o tempo no Direito a partir de unidades de medida e será possível usar de unidades de medida para comparar o fluxo dos acontecimentos jurídicos e a sua duração?

Será o tempo um elemento inerente e constitutivo da realização jurisdicional do Direito material?

São, de fato, vários os afloramentos do cruzamento entre o Direito processual e a dimensão temporal, dentre os quais se podem destacar exatamente um rol significativo de preceitos em que o legislador vem cronometrar prazos para os sujeitos que intervêm no processo, impondo-lhes um ritmo de atuação, um conjunto de normas em que a lei impõe deveres de atuação célere aos intervenientes no processo, incluindo obrigações processuais que devem ser cumpridas em certo momento do processo, sob pena de aplicação de sanções.

Enfim, há outras manifestações inequívocas da relação indissolúvel entre Direito e o decurso do tempo, isto é, de um correr ou escorrer cronológico do tempo no processo.

Assim, as normas em que o legislador vem prever instrumentos economizadores de tempo e de meios, como são aqueles que dizem respeito à cumulação de pedidos, são exemplos de como a duração do processo é aferida num sentido qualitativo. A previsão de processo de tramitação urgente, onde o legislador consagrou mecanismos e instrumentos de simplificação e abreviação são exemplos de uma nova dimensão da relação qualitativa entre processo e o tempo, o que exige uma abordagem que será tratada no item a seguir.

1.2 O tempo, o direito e a urgência

Há sem dúvida uma dialética profunda entre tempo e Direito. O tempo é, aliás, uma das principais apostas da capacidade instituinte do Direito. Identificamos, normalmente, o jurídico com o tempo longo, não obstante também o associarmos ao instantâneo.

Na verdade, o Direito sofre o impacto que advém da cultura da urgência, da fuga para fora do tempo, da destemporalização, ou, do tempo curto. Aliás, como fenômeno que é, também ele é afetado pela urgencialização de que sofre a sociedade atual.

Em abono da verdade, a urgencialização é um dos atuais problemas da cultura contemporânea, da sociedade pós-moderna.

A cultura pelo instantâneo coloca novas questões à tradicional relação entre o Direito processual e o tempo.

Aqui surgem problemas decorrentes da crescente dimensão do instantâneo e também neste contexto se afirma que o processo tem de se temporalizar, isto é, tem de ser trazido para dentro do tempo real. E temporalizar é tornar algo temporal, sendo que temporalizar o processo é tornar o processo temporal, é pô-lo em relação com o tempo, nas diversas dimensões que este possui, o passado, o presente, o futuro, é verificar que ele se transforma com o tempo, e, por isso, é aceitar que este se relaciona com as coisas materiais e transitórias.

Mas, é também aceitar que o Direito tende a evoluir, concretizando as técnicas que são, em certo momento e depois de anos de experimentação, consideradas as melhores e mais adequadas.

Em abono da verdade, este objetivo – habitar e domesticar o tempo, temporalizar o processo – leva-nos a até um dos problemas clássicos mais delicados da dogmática

processual que nos dias de hoje ganha nova atenção, exatamente por causa do culto ao instantâneo: o temperamento dos elementos essenciais do processo e designadamente para a questão da combinação de garantias e princípios processuais essenciais que não podem ser reduzidos.

Temporalizar o processo é atualizá-lo aos ritmos do homem do cotidiano e ao ritmo dos seus interesses. Urge, pois, reequacionar o tempero. Haverá necessidade de prescindir de algumas garantias em benefício de outras.

Neste diapasão, não se pode negar que, nas sociedades modernas, a urgência constitui uma das principais unidades de medida do tempo social. Todos os atores sociais falam de urgência, seja para exprimirem um pedido, seja para legitimarem comportamentos. A urgência surge como elemento inerente à eficácia de qualquer ação, e, opondo-se a promessa de ação diferida, reclama uma ação concreta e imediata.

Como o Direito é um fenômeno social, algumas das ideias traçadas em torno e por causa da urgência, e em torno da relação radical dos homens com o tempo, fazem todo o sentido quando aferidas no universo jurídico.

O caráter excepcional e extraordinário que a tutela de urgência possui, em tempos, vai sendo, pouco a pouco, substituído. E, por conseguinte, também no plano do Direito, a urgência corresponde, cada vez mais, a uma categoria ordinária de ação dos poderes estaduais, a começar pelo legislador, que tende a incluir nos seus planos sobre o futuro as situações de urgência, prevendo para elas mecanismos prioritários da atuação judicial. E ela tem também mais relevância no exercício do poder jurisdicional – não obstante a urgência não ter ainda cativado a devida atenção dos juristas.

Na verdade, de difícil definição, o conceito de urgência tem relevância em determinados domínios do Direito e tem também significados distintos no mundo do Direito Público. Em qualquer caso, no domínio jurídico-processual, a urgência, não obstante ser uma unidade de medida do jurídico surgiu, tradicionalmente, como situação

ampla que pouco a pouco foi sendo reduzida à urgência provisória, urgência funcional ou urgência cautelar.

Na construção clássica, ainda prévia a Chiovenda, a urgência corresponde a uma situação de perigo que ameaça a plena e efetiva atuação do Direito e traduz a situação de necessidade de obstar a produção de um dano irreparável. Mais tarde, fundamentalmente com Calamandrei, a urgência é associada ao *periculum in mora* e este traduz simplesmente o prejuízo ou dano marginal, que decorre apenas da demora do processo para a efetividade desse processo. Aliás, a urgência ou *periculum in mora* do universo jurídico latino tradicional correspondia à urgência em sentido restrito do sistema francês ou alemão.

A ciência jurídica francesa e a alemã empregavam o termo urgência adicionando-lhe um vocábulo qualitativo para reduzir o conceito de urgência, de onde resultava a expressão urgência em sentido estrito. Estes conceitos estão, contudo, ultrapassados. As realidades das sociedades modernas fizeram substituir a urgência provisória ou meramente cautelar pela urgência aceleração na prolação de decisões judiciais de mérito.

Logo, a urgência que anda associada ao direito e ao processo efetivo tem de ser alargada à urgência que anda associada ao processo temporalmente justo.

A urgência não é senão a tradução social da sobrecarga do presente que emerge do fato dos sujeitos radicalizarem a sua relação com o tempo. Por radicalização da relação entre os sujeitos e o tempo é preciso entender-se também o desmembramento do tempo que surge da intromissão do futuro no presente. A exigência do imediatamente e a recusa em aceitar a realização diferida de algo refletem esta realidade.

No contexto francês, a história do conceito de urgência não é muito clara. O termo aparece no século XVIII, a sua utilização não acontece senão no final do século XIX, mas é no século XX que se empregará com frequência. Aliás, durante muito tempo, o vocábulo urgência teve um domínio de aplicação exclusivamente hospitalar, onde naturalmente existem os serviços de urgência, que respondem às situações que não podem aguardar um

adiamento, já que tem de ser atendidas rapidamente. É o caso das situações de catástrofe que exigem um serviço de emergência médica extraordinário. O contexto médico é sempre um bom exemplo para se falar de urgência.

A urgência pressupõe sempre uma relação subjetiva de alguém com o tempo. Exprime inquietação perante um futuro imediato caracterizado de incerteza e pelo risco, que não pode ser, sequer, avaliado serenamente. E a inquietação é acompanhada de uma irresistível necessidade de obter imediatamente uma resposta técnica do serviço.

Ora, cumpre, pois, perceber que tradicionalmente a urgência é tida como uma categoria extraordinária e excepcional. Contudo, como aponta os teóricos, aquilo que hoje se apresentam como novo é, sem dúvida alguma, o fato da urgência ter se transformado numa modalidade temporal ordinária de ação generalizada.

E, nesse contexto da urgência, correspondente à situação de perigo e de risco, a prevenção e a precaução são, pois, inevitáveis.

Com efeito, a precaução obriga a medidas redobradas de cuidado, mesmo quando não há provas concludentes sobre a relação de causalidade entre determinada iniciativa humana e os seus efeitos negativos sobre o ambiente, a saúde pública e outros valores e bens de igual valor constitucional.

O princípio da precaução surge, assim, como a forma contemporânea de prudência face a um risco transformado. O princípio da precaução convida, pois, ao ceticismo: doravante, a ciência, atingida pela dúvida, deve reconhecer que perdeu o monopólio da verdade, devendo seguir o princípio da desconfiança. Para evitar as irreversibilidades catastróficas é necessário que a ciência preste mais atenção às hipóteses marginais, residuais e ao falível, de modo a aprender com as decisões que só em outro estado da ciência se reconhece como decisão errada.

O Direito é, pois, chamado a intervir e a urgência ganha relevância jurídica, passando, pois, a ser pensada e concebida pela ciência jurídica. Constituindo uma categoria de ação reconhecida pelo Direito material e pelo Direito processual, a sua definição apresenta, contudo, um grau enorme de dificuldade que escapa a lógica matemática.

A urgência é, na verdade, um conceito com múltiplos termos. E, por isso, sendo quase impossível apresentar uma noção unívoca de urgência para o universo jurídico, esta procura é um constante e renovado desafio para os juristas.

Tradicionalmente, a urgência era vista como categoria estranha ao universo jurídico. Por exemplo, JESTAZ (1968, p.08) considerou que o conceito padeceria de ajuridicidade, tendo-o concebido como conceito 'a-jurídico'.

Enfim, cumpre reforçar que no centro da situação de urgência está tanto o perigo e a ameaça de dano, como a necessidade de agir para obstar à consumação do prejuízo ou ameaça de dano, sendo certo que a estes pressupostos acresce um elemento temporal caracterizador que atinge ambos os pressupostos: a urgência. De resto, a situação de urgência pressupõe a ameaça de dano ou prejuízo, sendo que estes conceitos apelam a qualificações de coloração jurídica. O dano tem que ter relevância jurídica, pressupondo a irreparabilidade e, ou, a irreversibilidade.

Assim, quer se considere que a urgência se aprecia antes (e para além) da necessidade de ação, quer se realce o conjunto, a verdade é que para se configurar a situação de urgência é preciso dois requisitos: i) perigo grave, tendo em conta a natureza dos interesses ameaçados; e, ii) o afastamento deste perigo obrigue a uma intervenção sem demora.

A ameaça de prejuízo está de qualquer modo relacionada com o tempo. Com efeito, quem se refere a urgência fala em tempo, em período breve de tempo, em prazo e em dimensão de tempo curto.

Simplesmente, a urgência é um contexto, um clima, um ambiente que suscita por si só um comportamento necessário para preservar um interesse ameaçado, geral ou privado.

E a situação de urgência é normalmente aferida num contexto de normalidade, mas que se destaca por fugir à normalidade, em termos que, nesse quadro de normalidade, ela corresponde a uma situação em relação à qual se espera que, de acordo com as regras de probabilidade, aconteça um prejuízo – que vulgarmente é qualificado como sendo irreparável ou de muito difícil reparação.

De resto, a urgência tem inúmeras manifestações no universo jurídico. Aos olhos do Direito, havendo interesse ameaçado, este é digno de proteção.

A noção de urgência pressupõe que uma demora na concretização de uma ação é tamanha a criar um prejuízo. O prejuízo que causa à normalidade jurídica pode ser menos ou mais grave, em termos que o caráter de exceção da urgência pode conduzir, em certas situações, a uma maior limitação dos direitos e liberdades dos particulares. De resto, a ação urgente pode ser reconduzida tanto à figura do estado de necessidade como à da situação de urgência menos absoluta.

A urgência justifica que os poderes públicos atuem quando há uma ameaça grave e imediata para o interesse geral.

A expressão que normalmente se invoca para caracterizar a urgência processual nos sistemas latinos remonta ao Direito Romano onde a situação de urgência se identifica, quase na sua totalidade, com a de *periculum in mora*.

Cumprido, inclusive, notar que no estudo *chiovendiano* o conceito de urgência anda associado ao da prevenção e à tutela jurisdicional que serve para reconstruir o tempo real, associando-o ao tempo presente, e à necessidade de obstar à consumação de dano jurídico.

E as decisões de urgência visam fazer com que a sentença realize o Direito como se esta aparecesse no momento exato em que o pedido é dirigido pelo particular aos tribunais.

De fato, nos habituamos a associar a urgência ao conceito de *periculum in mora*. Afinal, este é a espécie do gênero que é mais estudada pela ciência do direito processual. E assim é porque no contexto do contencioso clássico, e, durante muito tempo, a urgência abarcava o *periculum in mora* e esta urgência era tratada pelos processos cautelares com suficiência, uma vez que do mundo social e do mundo econômico não emergia uma urgência distinta.

Contudo, cedo se percebeu que a situação do *periculum in mora* seria uma espécie do gênero que é a urgência. Aliás, como se percebe pelo excerto dos textos *calamandreianos*, o conceito de urgência surge envolvido com o da urgência em sentido amplo e o da prevenção, sendo que a diferença entre tais conceitos reside, sobretudo, na técnica processual.

E Calamandrei, não obstante ter centrado o seu estudo naquela espécie da urgência, tinha a noção de que entre tais figuras existia uma relação de espécie e gênero, sendo que em ambos os casos se estaria perante uma necessidade de evitar a concretização da ameaça de um prejuízo para o Direito, ou de evitar um perigo de dano que se receia e que tem de ser, em qualquer caso, rapidamente acudida.

O *periculum in mora* seria uma modalidade da urgência que exigiria uma variação técnica processual. Na verdade, o autor apontava que para cada modalidade de urgência haveria diversas técnicas. Uma das formas de tutelar de modo rápido ou célere a situação de urgência é, em vez de decretar uma medida cautelar, reduzir o processo ordinário de cognição ou de execução e atingir, por conseguinte, uma aceleração da providência definitiva. Daqui emerge que uma coisa é a técnica processual, outra a situação de necessidade em que se encontra a urgência.

A situação de *periculum in mora* corresponde simplesmente a uma modalidade de situação de urgência, tendo em conta a forma como se encontra a situação de carência e o modo como o direito processual configura a forma técnica de lhe acudir.

O *periculum in mora* é um dano marginal, que pode derivar, dada a inevitável demora no processo principal, no atraso na prolação de uma sentença de mérito. Esta modalidade pressupõe que, enquanto se aguarda a maturação da decisão judicial definitiva, há a ameaça de dano, ou, o perigo de tal dano se acentua durante a espera.

Para a ciência do direito processual italiano, o *pericolo nel ritardo* pressupõe uma situação em que a duração do processo pode interferir na efetividade da tutela que o requerente solicita. Este perigo consiste numa probabilidade de se verificar um dano, que pode se desdobrar em prejuízo da infrutuosidade e de retardamento.

Por prejuízo de infrutuosidade se entende o perigo, de durante o tempo necessário para o desenvolvimento do processo de cognição plena, ocorrerem fatos que tornem impossível ou muito dificultosa a concreta possibilidade de atuação da sentença. E, por prejuízo de retardamento entende-se que o perigo é a própria duração do processo, ou seja, que o perigo resulta do prolongamento no tempo do estado de insatisfação do direito ameaçado, sendo esta a causa do prejuízo.

Assim, no caso de infrutuosidade, a ciência italiana propõe o decretamento da medida cautelar que previna o dano que pode derivar do fato de se virem a verificar, durante o desenrolar do processo, fatos lesivos do direito controverso. No caso do prejuízo do retardamento, que é próprio do prolongar-se no tempo o estado de insatisfação do direito que se quer ver reconhecido no processo principal, a medida cautelar deve impedir exatamente este específico prejuízo que decorre do perdurar de uma situação antijurídica.

Em qualquer dos casos, é sempre o *periculum in mora* que a tutela cautelar visa neutralizar.

De qualquer modo, fica claro que no pensamento latino sempre existiu uma relação de gênero e espécie entre a situação de urgência e o *periculum in mora*.

Não se pode confundir tutela preventiva e tutela urgente com tutela cautelar, já que há entre elas apenas uma relação de gênero e espécie. Fica, também, claro que o conceito de urgência é mais amplo que o conceito de *periculum in mora*.

Contudo, no panorama legislativo alemão e francês consagra-se processos especiais próprios para dar uma solução judicial a este tipo de urgência funcional, que é apelada de urgência em sentido restrito, uma vez que é cuidada através de decisões judiciais provisórias, sendo que a provisoriedade é neste contexto entendida também em sentido restrito, com vista a garantir a efetividade das decisões a serem proferidas pelo Tribunal quando do julgamento definitivo.

Os estudos desenvolvidos pela ciência alemã do Direito Processual Civil, realizados fundamentalmente no início da segunda metade do século XX, refletem a preocupação de estudar o conceito de urgência, como também as medidas judiciais que lhe são próprias.

LEIPOLD (1971, p.105) procurou sistematizar as figuras através das quais no sistema alemão se proporcionaria a tutela das situações de urgência, tendo esclarecido que a diferenciação entre as diversas medidas cautelares conservatórias (*Sicherungsverfügungen*), reguladoras (*Regelungsverfügungen*) e as de prestação (*Leistungsverfügungen*) se deveria fazer a partir de um critério que atenderia ao tipo de ameaça ou o tipo de perigo que através delas se pretenderia afastar. Estas últimas, as positivas, através das quais se proporcionaria um melhoramento do atual “*status quo*”, constituem, para o autor, um tipo normal de medidas provisórias cautelares, não pertencendo sistematicamente a outra categoria senão à mesma categoria da *einstweilige Rechtsschutz*, uma vez que todas elas pressupunham uma urgência que, não obstante alguma variedade de apreciação, era valorada na perspectiva da efetividade da sentença principal – tendo em conta a relação entre o fator tempo e a eficácia do processo.

De modo semelhante, na França, a urgência é também apreciada numa perspectiva funcional, constituindo uma modalidade da situação de urgência genérica. A urgência surge como condição necessária à pronúncia de decisões judiciais provisórias.

DUGRIP (1991, p. 307) teve o grande mérito de ter introduzido o conceito de urgência em sentido amplo, tendo demonstrado que a urgência pode, de fato, manifestar-se no processo de diversas formas e, por conseguinte, receber diferentes tipos de tratamento. E, como nos diz, fazendo apelo ao conceito de urgência estrutural, o tratamento ideal passa pela adaptação da forma processual ao tipo de situação que é carente de tutela judicial. Os processos urgentes são processos de tramitação especial acelerada.

De um modo ou de outro, a urgência cobre um rol significativo de situações, e, por isso, não se pode apresentar uma noção geral e uniforme de urgência, sendo possível apresentar uma noção genérica, desdobrável em dois sentidos, um temporal e outro finalista.

Assim, por um lado, o tempo é consubstancial à urgência. Na verdade, a urgência é uma questão de tempo. Ela não surge senão quando se percebe que verdadeiramente não há tempo a perder, sendo que o tempo é ele mesmo essencial na apreciação da urgência.

Por outro lado, no sentido de que a situação é de urgência, a proteção temporária e imediata de direitos depende da efetividade da sentença que será proferida num processo principal. O elemento finalista na apreciação de uma situação de urgência tem em conta que se tutela provisoriamente uma situação de ameaça a direitos e interesses, enquanto se aguarda um julgamento de fundo.

Na verdade, a urgência é apreciada essencialmente do ponto de vista temporal ou do ponto de vista finalístico, podendo, eventualmente, predominar um em detrimento do outro.

Do ponto de vista temporal, cumpre reconhecer que a urgência resulta da relação entre dois elementos: por um lado, depende do decurso do tempo que é necessário para a intervenção do juiz e, por outro lado, depende da existência de um prejuízo que emerge da demora da decisão judicial.

Assim, haverá urgência quando uma demora de dias ou de horas pode tornar-se prejudicial para uma das partes. A urgência, neste caso, está conectada com a ameaça de prejuízos que decorrem da demora do processo, sendo que, na impossibilidade de acelerar o processo, podem surgir duas situações configuráveis como urgentes: uma que é relativa à situação de fato que é necessária à solução do litígio e que fica exposta a transformações, em termos que dificilmente tal situação de fato é passível de posterior restauração, dando lugar à dita situação de fato consumado, e, a outra situação relacionada ao agravamento de um prejuízo que resulta se o juiz não atuar a tempo, podendo configurar-se uma situação de prejuízo grave, sendo que a intensidade insuportável do prejuízo pressupõe a configuração do prejuízo irreparável, isto é, prejuízo não passível de reparação *in natura*, ou de difícil reparação.

Nessa esteira, necessária a abordagem sobre as medidas de urgência reguladas no ordenamento jurídico para verificar se o tempo é abreviado ou não com as referidas medidas, o que será realizada no próximo item do presente trabalho.

2 AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO COM ENFOQUE PARA A OBRA DE OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA E PIERO CALAMANDREI

2.1 Tutela jurisdicional e efetividade do processo

Ao dissertar sobre tutela de urgência, é interessante saber sob qual perspectiva será encarado o processo.

O ordenamento jurídico pátrio é integrante da família romano-germânica. Busca, portanto, o legislador traçar as regras de conduta, normas jurídicas abstratas, as quais os destinatários devem seguir. Ao imaginar um contrato de compra e venda celebrado entre dois sujeitos, tem-se a estipulação pelo ordenamento de duas condutas. Ao vendedor cumpre a entrega da coisa objeto do pacto; ao passo que o comprador possui a incumbência de pagar certa quantia em dinheiro. Na hipótese do comprador frustrar o pagamento da quantia avençada, tornando-se, portanto, inadimplente; cabe indagar se estaria o vendedor autorizado a atuar com a própria força na solução desse conflito.

Evidentemente, a resposta é negativa na medida em que o Estado proíbe expressamente a autotutela, chamando para si, por intermédio da função jurisdicional, o poder-dever de solucionar o conflito existente entre os sujeitos.

É interessante notar que a norma legal que dispõe sobre o contrato de compra e venda é dotada de coercibilidade, isto é, o cumprimento da conduta estampada na norma é obrigatório e não meramente facultativo. O problema reside justamente na impossibilidade de o credor fazer valer o ditame legal com as próprias mãos.

Uma vez provocada a atividade jurisdicional do Estado, este atuará seu poder utilizando um instrumento, que é o processo. Ao se valer do processo, em que a jurisdição será materializada, o Estado faz com que a regra de conduta, antes desobedecida, seja agora peremptoriamente cumprida. Nessa esteira, o processo é um mecanismo de coerção judicial do direito material.

Isso constitui uma manifestação do princípio do acesso à justiça: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXXV). Logo, para cada crise de direito material, precisa o Estado oferecer um instrumento processual hábil a reparar a lesão ou a afastar o risco de dano ao direito.

O processo, como instrumento de aplicação do direito material, precisa se adaptar à realidade do ordenamento jurídico de maneira a alcançar os melhores resultados no plano concreto.

A função do processualista contemporâneo é buscar meios para tornar o processo cada vez mais efetivo.

A primeira fase do direito processual foi intitulada procedimentalismo. O processo era encarado como mero apêndice do direito civil, sendo, na verdade, considerado como forma e procedimento. Não havia preocupação com a depuração dos institutos processuais e não havia espaço para afirmar a existência de uma ciência processual. Tratando-se de terminologia, utilizou-se a expressão direito judiciário para designar a disciplina.

Tal fase já se encontra superada.

Vencido o procedimentalismo, iniciou-se o que se chama de fase da autonomia. Por intermédio da fase autonomista, marcada principalmente pela ruptura do direito processual com o direito material, propiciou-se o estudo aprofundado dos institutos processuais.

Essa nova fase teve como marco inicial a edição, em 1868, da obra de Oskar von Bülow intitulada *Die Lehre von die Prozesseurden und die Processvoraussetzungen* – Teoria dos pressupostos processuais e das exceções processuais.

As ideias de Bülow conceberam, como aludido, a ruptura entre o direito processual e o direito material. Admitiu o jurista alemão a existência de uma relação jurídica diferente daquela levada ao exame da atividade jurisdicional. De um lado, existia a relação jurídica de direito material que encerrava o conteúdo de direitos e obrigações dos sujeitos presentes na citada relação jurídica. Por outro lado, passou a existir uma relação jurídica de direito processual, na qual era veiculada a relação jurídica de direito material cujo conflito dela surgido se objetivava compor.

Surge, com as construções de von Bülow, uma nova categoria: os pressupostos processuais. A doutrina não classifica os pressupostos processuais com homogeneidade. Ao contrário, existem, na doutrina pátria, várias classificações dos pressupostos, sendo a mais utilizada aquela que os divide em existência e validade. São pressupostos processuais de existência a jurisdição, a demanda (petição inicial) e a citação. Constituem, por sua vez, pressupostos processuais de validade, a jurisdição competente e imparcial, a demanda regular (inicial apta), a citação válida, a capacidade para estar em juízo das partes e a capacidade postulatória.

Desta forma, mesmo comprovada a inexistência do direito material afirmado na petição inicial, haverá um verdadeiro entrelaçamento de direitos, obrigações, faculdades e ônus processuais entre autor, réu e juiz.

Logo, enquanto a relação jurídica de direito material possui regras reguladoras da conduta dos sujeitos e dos respectivos fatos da vida, cumpre observar que a relação jurídica de direito processual estabelece um conjunto de normas próprias que ditam a forma de atuação do Estado para fazer cumprir da maneira pretendida pelo ordenamento jurídico a relação jurídica de direito material que se encontra em situação patológica.

Com Bülow, portanto, o processo foi erigido em ramo autônomo da ciência jurídica. Ao pensar numa relação jurídica de direito processual, aparecem princípios próprios da ciência do processo e ocorrem a formulação e a sistematização de seus institutos.

O trabalho desenvolvido por von Bülow, redundando na famosa obra editada em 1868, serviu de apoio para as teorias sobre a ação. Na mesma época, florescia estudos a propósito da teoria da ação tendentes a desvinculá-la do direito material. Ressaltam-se os trabalhos engendrados pelo alemão Degenkolb, em 1877, e pelo húngaro Plosz, quase ao mesmo tempo. A partir das afirmações de Degenkolb e Plosz, o direito de ação passou a existir independentemente do direito material invocado pelo autor.

O ideal de um processo civil baseado na autonomia em relação ao direito material, não obstante a evolução do instituto, não atendem os anseios atuais. Logo, a segunda fase do direito processual não serve como premissa do estudo em desenvolvimento.

Deve-se levar em consideração que o tecnicismo reinante na fase autonomista afastou em demasia o processo do direito material. Não trouxe, portanto, bons resultados. Basta verificar a estrutura do atual Código de Processo Civil para concluir que a autonomia não traz, na atual sociedade de massa e de consumo, os resultados esperados do mecanismo de atuação do direito material. Como é notório, o Código de Processo Civil é dividido em cinco livros: processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar, procedimentos especiais e disposições finais e transitórias.

Destarte, uma análise perfunctória denota o esmero do legislador em separar (Livros I e II) o processo cognitivo do processo de execução. Era uma homenagem ao modelo de Estado Liberal e ao afastamento do direito processual do direito material.

O processo cognitivo representa o mecanismo de declaração da vontade soberana do Estado.

Após todo o desenvolvimento do processo de conhecimento, fechava-se a porta deste para que se dê início ao processo de execução. A efetivação daquilo que for reconhecido na sentença só ocorreria com o advento dos procedimentos de cumprimento de sentença, findo o processo de conhecimento.

O processo cautelar, por seu turno, acabava sendo utilizado como paliativo à ausência do *imperium* do magistrado no curso do processo de conhecimento.

Ademais, o próprio processo cautelar demonstra a marca da autonomia. Basta contemplar os procedimentos cautelares específicos para verificar a preocupação do legislador em delinear as hipóteses, bem como o rio de determinadas cautelares típicas.

A fase autonomista encontra-se ultrapassada, muito embora tenha contribuído sobremaneira para o desenvolvimento e para a ascensão do direito processual como ciência. Por intermédio desta segunda fase, o direito processual entrou no patamar dos demais ramos do direito, não mais sendo tratado como mera manifestação do direito privado em estado patológico.

As críticas endereçadas à segunda fase do direito processual, vale insistir, não possuem o condão de desnaturar as preciosas construções doutrinárias surgidas nessa época. No entanto, considerando a proibição da prática da autotutela (CP, art. 345), o Poder Judiciário, como expressão da soberania estatal, passa a ser o agente pacificador dos conflitos intersubjetivos de interesses.

Assim, exigir adequação dos fatos da vida ao procedimento posto pode conduzir, e às vezes realmente conduz, a uma resposta insuficiente e desprovida de utilidade prática.

Cumprir destacar que a Lei nº 10.358, de 27.12.2001, trouxe inovações aplaudidas pela doutrina ao Livro I do Código de Processo Civil, máxime à parte geral e ao procedimento ordinário. Entre as inovações urge citar a nova redação do art. 407, preceituando agora que:

Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, a profissão, a residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 (dez) dias ante da audiência.

Inútil, portanto, insistir num processo infenso ao direito material.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2004, p.204), em estudo dedicado ao tema, busca analisar o direito processual em prol de sua finalidade, ou seja, sob o ângulo teleológico. O processo deve ser encarado segundo o seu escopo.

Para tanto, o processualista paulista afasta o caráter meramente jurídico do processo e passa a identificar os escopos da própria jurisdição, tendo em vista que o processo acaba sendo o mecanismo que faz valer esses objetivos. Sustenta ele que a jurisdição, quando materializada no processo, tem como função pacificar com justiça e educar a sociedade.

Por seu turno, a teoria unitarista ou constitutiva parte da premissa de que a sentença proferida pelo magistrado, verdadeira manifestação do poder estatal, forma o direito. Por isso, essa corrente é intitulada de teoria constitutiva. A sentença que julga procedente o pedido fecha o *iter* de formação do direito.

Por outro lado, em posição diametralmente oposta à teoria carnellutiana, encontram-se os postulados da teoria dualista ou declarativa. Basta a ocorrência da hipótese de incidência da norma jurídica, isto é, ocorrência do suporte fático descrito na norma para fazer com que o direito exista e passe a regular o caso concreto. Nesse diapasão, a sentença de mérito a ser proferida no processo declara um direito preexistente.

A atividade judicial, a teor da teoria dualista, que tem Chiovenda como partidário, exerce uma função declarativa de determinada situação jurídico material anteriormente ocorrida.

Argumento contrário à teoria dualista seriam as chamadas “ações constitutivas necessárias”.

O processo constitui um meio de atuação do direito material não atendido naturalmente pelos indivíduos. É um método pelo qual o direito tem sua aplicação feita coercitivamente. Nesse sentido, vê-se que o processo não pode se distanciar do direito material. Ao revés, sua otimização depende de uma maior proximidade das regras de conduta impostas à sociedade. Enfim, o processo é necessário ao direito material; O Estado encontra nele o ambiente civilizado para dirimir os conflitos intersubjetivos de interesses.

O método processual faz com que a discussão da causa seja entabulada de maneira racional pelos litigantes.

Com a adoção dessa premissa, espera-se que a tutela jurisdicional seja eficaz em relação ao que dela se espera, para que se possa dizer efetivo o mecanismo judicial de solução de controvérsias, quando o sujeito titular do direito encontre proteção real e não meramente formal de seu interesse.

Para obter proteção real, é ideal que o mecanismo de solução das controvérsias deduzidas em juízo (processo) seja adequado ao direito material espontaneamente não atendido. Essa é a visão de instrumentalidade que deve permear o estudo do direito processual, principalmente das tutelas de urgência.

É imperioso ressaltar que o resultado efetivo, no âmbito processual, é garantia prevista no inc. XXXV, do art. 5º, da CF quando estabelece o “acesso à ordem jurídica justa”. A Constituição, nesse contexto, impõe um modelo processual, isto é, as linhas fundamentais do processo.

O princípio do “acesso à justiça” exige que o processo oportunize ao sujeito titular do direito tudo aquilo que ele conseguiria se o direito material fosse voluntariamente

atendido. A parte precisa verificar a aplicação concreta do direito não apenas sentir a sensação de ter vencido a demanda judicial. É a busca por um processo civil de resultados.

Os debates atuais em torno do direito processual civil têm se voltado para a tentativa de elaborar e justificar métodos que conciliem a necessidade de uma tutela jurisdicional pautada nas garantias do devido processo legal, mas que, ao mesmo tempo, seja dada em prazo razoável¹.

O tempo é um fator inerente ao processo. Para a consecução das garantias constitucionais do processo é necessária uma dilação temporal. No entanto, quando em demasia, o tempo acaba por retirar da tutela jurisdicional sua efetividade.

Para tornar defesa essa inocuidade da tutela jurisdicional, mister a adoção de mecanismos aptos a afastar os males do tempo. É necessária, para fazer com que seja uma tutela efetiva, a adoção de técnicas que permitam ao magistrado regular a lide de forma provisória para, após, prover de maneira definitiva.

Assim, para satisfazer a necessidade de uma tutela jurisdicional efetiva, o próprio art. 461 do CPC, em seu § 3º, possibilitou a concessão de antecipação dos efeitos da tutela quando presentes os requisitos elencados na norma em comento.

A técnica de cognição sumária, isto é, aquele que autoriza o magistrado a decidir apenas com base no provável, vem implementar efetividade nas decisões judiciais, em que pese diminuir o grau de segurança jurídica. Vê-se, pois, que a técnica de cognição exauriente privilegia o contraditório pleno e a realização de todas as garantias constitucionais do processo. No entanto, enquanto ganha em segurança jurídica, a adoção da técnica de cognição exauriente faz com que a tutela jurisdicional corra o risco de ficar desprovida de utilidade prática.

¹ Prova disso é a proposta de reforma do Código de Processo Civil que tramita pelo Congresso Nacional.

Na luta incessante pela efetividade do processo, o legislador, por intermédio das técnicas de cognição sumária, concebeu técnicas de tutela de urgência, possibilitando ao magistrado decidir desprovido de certeza. Basta, para justificar, por exemplo, uma antecipação dos efeitos da tutela, a realização do juízo de probabilidade.

Aplicar a técnica da cognição sumária significa dizer que o legislador está adaptando o processo ao direito material a ser tutelado.

Por essa razão, o estudo do direito processual civil deve ter como premissa a visão instrumental. O processo entra no cenário jurídico quando o direito material não é auto-aplicado.

Ademais, além de prestar serviço ao direito material, devendo a ele se adequar, reclama o processo, para cumprir a sua missão constitucional, ser efetivo. Vale dizer, o titular do direito material precisa encontrar no processo realização prática de seu direito. O acesso à justiça, conforme preconizado no inc. XXXV do art. 5º da CF, representa uma ordem jurídica justa.

Dessa forma, as tutelas de urgência fazem valer, na prática, o modelo constitucional de processo. Ao mesmo tempo em que a Constituição Federal, com lastro no inc. LIV do art. 5º, cria uma moldura intransponível, qual seja a garantia do devido processo legal, impondo, para tanto, um processo pautado no contraditório, ampla defesa, decisão motivada, publicidade dos atos processuais, juiz natural etc., ela exige um processo efetivo, ou seja, com resultados práticos, segundo o que dispõe o art. 5º, inc. XXXV, da CF.

Logo, na busca de uma tutela efetiva, afastam-se momentaneamente algumas normas condizentes com o devido processo legal (contraditório, por exemplo) em prol de uma imediata intervenção do magistrado no caso concreto. Após, retoma-se a aplicação das normas processuais que guardam liame específico com o devido processo.

O princípio da efetivação da jurisdição não pode sucumbir diante de outros princípios de índole também constitucional.

O Código de Processo Civil pátrio representa uma das maiores demonstrações de técnica legislativa. Dividido em cinco livros, o diploma processual civil brasileiro tratou com vastidão de cada tipo de atividade judicial (cognitiva, executiva e assecuratória). Além disso, o Código de Processo Civil é provido de mecanismos que tem como escopo acautelar o direito subjetivo deduzido (tutela cautelar) ou antecipar provisoriamente o próprio direito (tutela antecipatória).

Não obstante toda essa modernidade existe circunstâncias externas ao âmbito processual causadoras de verdadeira procrastinação na entrega da tutela jurisdicional. Vale dizer, apesar de o ordenamento jurídico pátrio ser recheado de boas leis, pairam causas de ordem política, econômica e social que emperram o aparelho judicial.

Acresce-se aos fatores elencados anteriormente o aumento do nível educacional da sociedade exigindo com mais veemência o cumprimento dos seus direitos. A Constituição Federal de 1988, por seu turno, trouxe à baila uma gama de direitos e de garantias que, de certa maneira, propiciaram uma onda de litígios motivada por essas novas prerrogativas. A positivação dos direitos fundamentais, ao lado das garantias firmadas em tratados internacionais (que entram no ordenamento pela via do § 2º, do art. 5º, da CF), cria um ambiente tendente a facilitar a provocação da jurisdição em caso de ameaça ou violação de tais direitos.

A reparação por danos morais, alçada a condição de postulado constitucional pela Carta de 1988 (art. 5º, inc. X), é um exemplo claro de norma que fomenta discussões em juízo em demasia.

Além das causas externas de procrastinação do processo, tornando-o um instrumento pouco efetivo e desprovido de resultados práticos, é imperioso ressaltar que o tempo é um fator imanente ao processo. Para fazer valer o modelo constitucional de

processo, isto é, para consolidação das garantias mínimas previstas na Carta Magna, é imprescindível o decurso de certo prazo.

Procedendo a uma análise do processo de conhecimento, em especial o procedimento comum ordinário e o sumário, é visível a necessidade de praticar atos processuais no afã de alcançar, ao final, o provimento definitivo. A prática de atos do processo e os fatores externos causadores da morosidade constituem a fórmula para a existência de um mecanismo de solução de controvérsia desprovido de efetividade no plano fático.

Segundo a máxima chiovendiana, o processo deve propiciar ao autor que tem razão tudo aquilo que auferiria caso o direito material fosse atendido de maneira espontânea. Vale dizer, o titular do direito material sofre um dano pelo não atendimento voluntário da regra de conduta. Após, esse dano tende a se agravar na medida em que a tutela jurisdicional que determinará o atendimento da regra de conduta de forma coercitiva será obtida em lapso temporal demasiado, diminuindo a coincidência entre o que deveria ser cumprido espontaneamente e o que foi obtido judicialmente.

Ademais, a tendência do réu é fazer com que a situação fática permaneça inalterada, enquanto o autor persegue o bem da vida.

Nesse compasso, pensar no oferecimento da tutela jurisdicional em prazo não razoável é pensar num processo que não atende ao modelo constitucional de efetividade, conforme prevê o inc. XXXV, do art. 5º, da CF.

O processo, como cediço, virou arma de pressão e de ameaça nas mãos de grupos econômicos, bem como nas mãos de sujeitos suficientemente equipados a suportar o tempo da batalha judicial. Enquanto isso, as classes mais oprimidas da população suportam o ônus de aguardar a decisão judicial que sempre é prolongada em virtude de todas as mazelas já referidas. Sejam causas externas ou internas ao processo, quem paga o preço da demora da prestação jurisdicional é a parte da demanda mais vulnerável.

Logo, a prestação jurisdicional em prazo razoável constitui um dos corolários do devido processo legal.

O princípio do devido processo legal teve sua origem no século XIII na Inglaterra. Sua previsão foi feita na Carta Magna de 1215 por exigência dos barões e dos senhores feudais que almejavam submeter o poder do Rei João-Sem-Terra aos direitos dos cidadãos ingleses. O despótico rei, com a imposição feita pelos barões, deveria promover o julgamento dos cidadãos ingleses com base nas leis do país.

Embora não seja da tradição da doutrina brasileira, o devido processo legal possui uma faceta substancial (*substantive due process*) e outra processual (*procedural due process*). O devido processo legal substancial, em pobre síntese, representa um dever de razoabilidade com o interesse público. A faceta substancial do *due process* encampa todos os ramos do direito material. O devido processo legal em seu aspecto processual contempla as garantias das partes no processo.

Na busca por um processo *equo*, pautado no espírito externado pela Constituição Federal de 1988, é imprescindível o oferecimento de uma resposta do Poder Judiciário às irresignações nele deduzidas em prazo razoável, sob pena de macular a garantia mínima do *due process of law*.

Atento para a Constituição Federal, que é o berço do princípio da inafastabilidade da jurisdição (direito de acesso à ordem jurídica justa), consoante o inc. XXXV, do art. 5º, cabe indagar se o direito à tutela jurisdicional em prazo razoável também lá residiria.

A legislação estrangeira põe a prestação jurisdicional em prazo razoável como direito fundamental a ser seguido pelas mais variadas Côrtes de Justiça.

A Corte de Estrasburgo, seguindo o art. 6.1 da Convenção Européia dos Direitos do Homem, obriga os Estados contratantes a aparelharem o sistema jurídico de forma a

propiciar uma tutela jurisdicional sem dilações indevidas, decidindo as causas em prazo razoável.

Na Itália, a tutela jurisdicional em prazo razoável é uma garantia de berço constitucional, consoante dispõe o art. 111 da Carta Magna italiana. No mesmo compasso, faz previsão o art. 2º do CPC português. Nos Estados Unidos da América, do *Bill of Rights* podem ser retirados onze conceitos que são básicos e limitadores da atividade governamental. O de número seis consiste no direito a um rápido e público julgamento, por um júri imparcial.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no seu art. 8º, preconiza que “toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”. É imperioso ressaltar que a disposição legal contida no tratado precitado possui vigência no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que o par. 2º, do art. 5º, da CF dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O término do processo em prazo razoável está encartado na própria regra consagradora do devido processo legal. Isso significa que tal garantia faz parte de um processo *equo*, racional e justo.

Na prática, pouco será alterado com a nova disposição constitucional. No entanto, a inserção do inc. LXXVIII ao art. 5º da CF sinaliza a tendência já consolidada na seara doutrinária de que a parte no processo tem direito a prestação jurisdicional em prazo razoável. Embora essa conclusão já pudesse ser extraída do inc. XXXV e também do próprio inc. LIV do art. 5º, do mesmo dispositivo da CF, ficou mais nítida a garantia assumida em nível constitucional no sentido de que não poderão ser toleradas normas infraconstitucionais que promovam dilações indevidas dentro do processo.

Em outras palavras, considerando o sistema de controle de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja sistema misto, que autoriza o controle concentrado (STF) e difuso, poderão os juízes de primeiro grau declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de dispositivos legais que forem de encontro ao disposto no inc. LXXVIII, do art. 5º, da CF.

Nesse enfoque, deixando de lado o paradigma liberal do processo, que autoriza a interferência no plano fático mediante cognição exauriente (culto ao princípio da *nulla executio sine titulo*), é hora de pensar e de sistematizar as tutelas jurisdicionais diferenciadas voltadas a garantir a realização prática do direito em prazo razoável.

A técnica de cognição eficiente constitui mecanismo para fazer com que o processo, tido como instrumento, preste melhor serviço a situação de direito material posta à apreciação do Judiciário. Assim, naquelas hipóteses em que a atividade jurisdicional só será efetiva se agir logo, pois se tardar o provimento será inócuo, cumpre munir o juiz, como a legislação processual atualmente mune, de mecanismos para não deixar a necessária provocação sem uma resposta eficaz.

Entre as técnicas de cognição sumária, ressaltam-se as técnicas da tutela cautelar e antecipatória, cujas características principais, nas concepções de Piero Calamandrei e Ovídio Araújo Baptista da Silva, serão analisadas no tópico a seguir.

2.2 Principais características da tutela cautelar na concepção de Piero Calamandrei e Ovídio Araújo Baptista da Silva

2.2.1 A instrumentalidade da tutela cautelar

A instrumentalidade do procedimento cautelar significa que o mesmo tem por função proteger o processo principal.

Os procedimentos cautelares “nascem, por assim dizer, a serviço de um procedimento definitivo, com a função de predispor o terreno e de preparar os meios mais adequados para o seu êxito”, segundo PIERO CALAMANDREI (2000, p.41).

Logo, nos procedimentos cautelares há o objetivo principal de assegurar a eficácia do procedimento definitivo. A tutela cautelar é uma tutela mediata: serve para garantir o funcionamento da justiça.

Dessa feita, a instrumentalidade do processo cautelar reside no aspecto de que ele é um instrumento de outro instrumento, ou seja, o processo cautelar tem por escopo salvaguardar a eficácia e o resultado profícuo do processo principal, ou nas palavras de J.J.CALMON DE PASSOS (1984, p. 46), “o processo cautelar é processo a serviço do processo, não processo a serviço do direito material”.

No mesmo sentido, a lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (1974, p.236), que esclarece:

A denominação pode parecer, à primeira vista ou à primeira audição, um pouco rebarbativa, mas na realidade ela reflete muito bem um aspecto da providência instrumental no sentido do que visa a assegurar a eficácia de outra providência jurisdicional, quer cognitiva, quer executória. Neste sentido, até se poderia dizer

que a providência cautelar é instrumental em segundo grau. Se todo processo se caracteriza pela instrumentalidade, já que o processo é sempre instrumento de realização do direito substantivo, o processo cautelar será algo como o instrumento do instrumento. Será dotado de uma instrumentalidade ao quadrado, se me permitem. Essa instrumentalidade, Calamandrei qualificava de hipotética. Por que hipotética? Porque a medida cautelar é concedida para a hipótese de que aquele que a pleiteia eventualmente tenha razão.

Dáí acentuar DONALDO ARMELIN (1979, p. 78) que “o processo cautelar tem uma dependência genética em relação a um outro processo, simultâneo ou sucessivo, seja ele cognitivo, seja ele de execução”.

2.2.2 A provisoriedade dos procedimentos cautelares

A provisoriedade é também uma das características marcantes dos procedimentos cautelares. Segundo PIERO CALAMANDREI (2000, p.25):

A opinião mais difundida da qual partilham os nossos processualistas mais importantes, é aquela que vê um caráter constante ou ainda um caráter diferencial dos procedimentos cautelares na sua provisoriedade, ou seja, na limitação da duração dos efeitos (declarativos ou executivos) próprios desses procedimentos.

De acordo com esta concepção, os procedimentos cautelares se diferenciam de todos os outros procedimentos jurisdicionais não pela qualidade de seus efeitos, mas por uma certa limitação no tempo dos efeitos em si.

O doutrinador italiano CALAMANDREI adverte para a distinção entre provisoriedade e temporariedade, afirmando ser o primeiro termo mais restrito do que o segundo. Para ele,

Temporâneo é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; provisório é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar enquanto não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no ínterim. Nesse sentido, provisório equivale a interino: ambas as expressões indicam aquilo que é estabelecido para durar somente aquele tempo intermediário que precede o evento esperado (PIERO CALAMANDREI, 2000, p.26).

Assim, a concepção de provisório para PIERO CALAMANDREI tem incluída em seu interior a ideia de substituição e, por via de consequência, de antecipação.

O procedimento cautelar tem efeitos provisórios não porque (ou necessariamente porque) o conhecimento no qual se baseia seja menos pleno que aquele ordinário e deva, portanto, ser equilibrado por uma menor estabilidade de seus efeitos, mas porque a relação que o procedimento cautelar constitui é por sua natureza destinada a esgotar-se, quando o seu objetivo terá sido finalmente alcançado no momento em que for emanado procedimento sobre o mérito da controvérsia.

Diante do exposto, observa-se que mesmo entendendo que a provisoriedade tem atrelada a ideia de antecipação, ainda assim PIERO CALAMANDREI afirma a provisoriedade dos procedimentos cautelares. Partindo desta concepção, reconhece a existência de cautelares satisfativas.

2.2.3 O *periculum in mora*

O *periculum in mora*, que é a base das medidas cautelares para PIERO CALAMANDREI, não se caracteriza como o genérico perigo de dano jurídico, ao qual se pode remediar com a tutela ordinária. Segundo PIERO CALAMANDREI (2000, p. 37),

É a impossibilidade prática de acelerar a prolação do procedimento definitivo que faz surgir o interesse na emanação de uma medida provisória; é a mora desse procedimento definitivo, considerada em si mesmo como possível causa de ulterior dano, que se provê a tornar preventivamente inócua com uma medida cautelar que antecipe provisoriamente os efeitos do procedimento definitivo.

A função dos procedimentos cautelares nasce, portanto, da relação que se passa entre dois fatores: a necessidade de que o procedimento, para ser praticamente eficaz, seja proferido sem atraso e a inaptidão do processo ordinário para criar sem atraso um procedimento definitivo.

O legislador inexoravelmente adotou a concepção de tutela cautelar de PIERO CALAMANDREI no Livro III do Código de Processo Civil (Do Processo Cautelar). Diversos dispositivos legais refletem a adoção deste modelo, *verbis*:

Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

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

Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;

III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Os dispositivos legais acima transcritos trazem no seu bojo a ideia da instrumentalidade e provisoriedade dos procedimentos cautelares. Como a função dos

procedimentos cautelares é a de proteger o processo principal, eles sempre serão dependentes dos mesmos (art. 796). Por outro lado, se são provisórios, terão eficácia apenas no curso do processo principal (art. 807), que cessará tão logo o processo principal seja extinto.

O modelo adotado pelo legislador no Livro das Cautelares em 1973 sofreu uma radical transformação em 1994, com a Lei nº 8952, de 13 de dezembro de 1994, que instituiu a tutela antecipada no Direito Brasileiro.

2.2.4 A ação cautelar como forma de tutela preventiva na concepção de Ovídio Araújo Baptista da Silva

Embora a doutrina aceite de um modo geral o entendimento de que a tutela cautelar insere-se no gênero de tutela preventiva, tal questão tornou-se polêmica, em virtude de certos pontos de vista sustentados por FRANCESCO CARNELUTTI e PIERO CALAMANDREI. Não se pode confundir preventividade, que é o gênero, com cautelaridade, que é espécie. Em determinado momento de sua construção doutrinária, ele dividiu os processos cautelares em inibitórios, antecipatórios e restituitórios. Segundo OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA (2000, p.29),

Esta concepção sugerida por CARNELUTTI contribui decisivamente para que outros dois conceitos extremamente polêmicos e ambíguos se inserissem na teoria da ação cautelar, quais sejam o conceito de tutela cautelar restituitória e o de tutela cautelar antecipatória. Esta última, sem dúvida a mais importante e comprometida com determinados pressupostos ideológicos da nossa teoria geral, já fora tratada como cautelar por CALAMANDREI. As conseqüências dessa imprecisão conceitual refletem-se, hoje, de modo extraordinário, particularmente na Itália, onde uma parcela considerável da doutrina defende o ponto de vista de que a essência da tutela cautelar é sua índole de tutela antecipatória.

OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA insere a tutela cautelar no âmbito da tutela de simples segurança. Todavia, distingue a mesma de outras formas jurisdicionais satisfativas (o que não foi feito pela doutrina clássica italiana), que sempre inseriu no âmbito da tutela cautelar também as medidas satisfativas.

A expressão “cautela” deriva do verbo “cavere”, que significa tomar cautela, acautelar-se, precaver-se. Assim, a tutela cautelar caracteriza-se como uma tutela de simples segurança, no sentido de que sua função principal é a de assegurar direitos, sem jamais satisfazer. No mesmo sentido, o posicionamento de PONTES DE MIRANDA (1959, p.293), *verbis*:

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

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

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

Para o autor, um dos elementos a compor o conceito de tutela cautelar é a exigência de que exista uma situação cautelanda, objetivamente identificável com um direito subjetivo, uma pretensão, ou ação, ou mesmo uma eventual exceção da parte que o

postula. Segundo ele, “temos constantemente insistido em que o objeto da proteção cautelar há de ser sempre, primariamente, um direito da parte, ou uma pretensão ou ação”.

Assim, a função da tutela cautelar é a de proteger o direito da parte – sem jamais satisfazê-lo – e não a de proteger o processo principal, como afirmava a doutrina clássica. Esta concepção traz diretamente importantes conseqüências. A primeira delas é a de ser possível desvincular-se a tutela cautelar de um processo principal. Ou seja, se o procedimento cautelar tem por objetivo a proteção do direito da parte não necessariamente ele precisará estar vinculado a um processo principal. Trata-se da autonomia cautelar proposta por OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA. A segunda das conseqüências desta concepção é a de que o provimento cautelar poderá continuar tendo eficácia mesmo após a extinção do processo principal, por uma simples e incontestável razão: se ele protege o direito da parte, ele deverá ter eficácia enquanto persistir a situação de perigo.

Ou seja, o procedimento cautelar não é sempre dependente do processo principal, pela simples razão de que ele não tem por função a sua proteção. Por outro lado, a eficácia do provimento cautelar poderá se conservar mesmo após a extinção do processo principal, pela simples razão de que o processo cautelar não protege o processo principal, mas sim o direito da parte.

Logo, observa-se, com razão, que OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA não concorda com a função instrumental do processo cautelar.

2.2.5 A temporariedade vista por Ovídio Araújo Baptista da Silva como característica da tutela cautelar

A tutela cautelar é temporária porque deve durar enquanto durar a situação de perigo a que está exposto o interesse tutelado.

Por outro lado, afirma OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA (2000, p.101) que o “provimento cautelar igualmente deve ser temporário no sentido de que a sentença que o contém jamais poderá adquirir a indiscutibilidade que torna permanente a coisa julgada material”.

Toda a sentença que contenha algum provimento de natureza preventiva, capaz de acautelar, de algum modo, o direito ou interesse eventual da parte, e que, ao mesmo tempo, contenha eficácia declaratória em tal intensidade que o direito protegido seja declarado existente, com força de coisa julgada, em virtude desse resultado, ultrapassará o limite de simples cautelaridade, para tornar-se tutela satisfativa de uma pretensão existente.

Não é demasiado salientar que os modernos conceitos de coisa julgada atrelam a mesma aos juízos de certeza. Assim, faltaria à sentença cautelar declaração suficiente à produção da coisa julgada material.

A distinção entre provisoriedade e temporariedade também se revela essencial para OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA. A partir do momento em que concebemos a tutela cautelar como temporária e não provisória, podemos nos livrar da confusão existente no âmbito da doutrina e da jurisprudência entre tutela cautelar e tutela antecipatória.

O exemplo do jurista português LOPES DA COSTA (1958, p.16) é bastante ilustrativo para a compreensão da diferença entre os conceitos de temporário e provisório. Os andaimes de uma construção são temporários e não provisórios. Eles devem permanecer até que o trabalho exterior de construção do prédio seja ultimado. Eles são, porém, definitivos, no sentido de que nada irá substituí-los. Essa temporariedade, no entanto, difere do modo como o desbravador dos sertões se serve da barraca onde acampa, até que possa construir uma habitação definitiva. A barraca, neste caso, desempenha uma função provisória, posto que seja substituída pela habitação definitiva. Ou seja, o provisório é sempre trocado por um definitivo.

No exemplo acima, se seguirmos a concepção de OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA de tutela cautelar, o processo cautelar equivalerá aos andaimes, enquanto que a construção equivale ao direito da parte. Assim como os andaimes permanecerão enquanto durar a construção, a eficácia do provimento cautelar perdurará enquanto durar a situação de perigo. Já as barracas equivalem à antecipação de tutela na exata medida em que elas antecipam a moradia definitiva.

Segundo OVÍDIO ARAÚJO BATISTA DA SILVA (2000, p.79),

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

A partir do momento em que PIERO CALAMANDREI adota a provisoriedade como um dos elementos característicos da tutela cautelar, ele acaba por inserir no âmbito do processo cautelar os provimentos antecipatórios. Ou seja, na concepção deste doutrinador não há que se falar em antecipação de tutela como uma categoria distinta da tutela cautelar. Não é demasiado salientar que a concepção de PIERO CALAMANDREI de provisoriedade é a mesma de OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA e de LOPES DA COSTA. Para ele, a ideia de provisório pressupõe a substituição por algo definitivo e, conseqüentemente, de antecipação.

A conseqüência marcante do modelo proposto por PIERO CALAMANDREI é que, partindo da ideia de que o procedimento cautelar é provisório, ele reconhece a existência de cautelares satisfativas no sistema. Já OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, partindo de uma base absolutamente diversa, jamais vai reconhecer que a tutela cautelar possa implicar em satisfação. A tutela cautelar tem por objeto único e exclusivo a segurança de direitos. Em havendo satisfação, se está diante de uma categoria distinta, que

é a tutela antecipada. Ou seja, no âmbito de sua concepção de tutela cautelar, não há que se falar em cautelares satisfativas.

Os provimentos cautelares para OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA devem ter duração limitada no tempo, para não lhe ser atribuída a qualidade de um julgamento definitivo, protegido pela coisa julgada. Igualmente haverão de ser temporários em seus efeitos fáticos, a fim de não causar ao demandado um dano irreparável, no caso de a sentença do processo destinado a certificar a existência do direito acautelado concluir por sua inexistência.

2.2.6 O dano irreparável por Ovídio Araújo Baptista da Silva

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

Assim, a ideia de *periculum in mora* está muito mais adequada à tutela antecipada do que à tutela cautelar. Ao tratar do tema, refere OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA (2000, p. 78):

Se acompanharmos, desde o direito medieval, a genealogia do conceito moderno de dano irreparável, veremos que a distinção apenas ensaiada pelos juristas medievais entre esse conceito e outro que lhe era correlato, de *periculum in mora*, se fez no sentido de vincular este último ao conceito de execução provisional, pelo natural desenvolvimento de uma ideia imanente que lá já estava e na distinção que então se fazia entre os casos *damnum irreparabile emersum sit* e outros casos em que a urgência impunha a aceleração da tutela satisfativa,

em virtude daquilo que os juristas indicavam como sendo *periculum in mora*. Vimos amplamente o desenvolvimento dialético por que passou o conceito de *periculum in mora*, até definir-se, modernamente, como pressuposto declarado para a execução provisória, mantendo-se, assim, fiel às suas origens medievais.

Para OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, seria anacronismo insistir no conceito de *periculum in mora* como pressuposto para a tutela cautelar. Aqueles que ainda perseveram no equívoco, jamais poderão fazer, adequadamente e com a necessária coerência, a distinção entre uma medida cautelar e outras, de natureza satisfativa, concedida como medida antecipatória, que corresponda à execução provisional urgente, fundada no *periculum in mora*.

2.2.7 A sumariedade de cognição na ótica de Ovídio Araújo Baptista da Silva

A demanda cautelar é sumária não apenas do ponto de vista material, como também exige uma forma sumária de procedimento, através do qual se realiza.

Exigir-se cognição exauriente do magistrado quando ele fosse convocado a prestar tutela cautelar, seria incompatível com a urgência que se impõe em se tratando de tutela cautelar.

Se o direito apresenta-se como uma indispensável evidência, a resposta jurisdicional deve ser uma tutela definitiva e satisfativa.

Não é demasiado salientar que o tempo é um fator ineliminável em qualquer ordenamento jurídico real. As leis do processo poderão reduzir os inconvenientes que o tempo provoca, inevitavelmente, na vida dos direitos, procurando afeiçoá-las às exigências

do caso concreto, porém sem jamais suprimir inteiramente o fator temporal. A tutela cautelar é um dos modos de se reduzir os inconvenientes que o tempo causa no processo.

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

Na Europa, o Direito tem procurado distinguir no campo genérico o que convencionou chamar-se tutela urgente, os provimentos cautelares e os provimentos – interinais ou até mesmo finais e definitivos – não cautelares.

FREDERICO CARPI (1989, p.619) chama a atenção para o crescimento da tutela de urgência, procurando estabelecer a separação conceitual entre os provimentos cautelares e os demais provimentos igualmente tomados sob o signo da urgência mas que não se confundem com os primeiros.

Nessa esteira, é correto afirmar que a tutela cautelar, em razão da urgência, sustenta-se necessariamente em simples juízo de verossimilhança, traduzido em cognição sumária. Todavia, nem todas as modalidades de cognição sumária serão necessariamente cautelares, já que a tutela cautelar tem por objetivo assegurar a realização de direitos, o que implica em afirmar-se a existência da segurança de uma execução. E, em contrapartida, a tutela antecipada implica na execução para segurança, na exata medida em que há a antecipação de efeitos, com satisfação, de modo a evitar-se o perecimento de direitos.

2.2.8 Distinções entre tutela cautelar e tutela antecipada a partir da teoria de Ovídio Araújo Baptista da Silva

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

Tutela Cautelar	Tutela Antecipada
Autonomia do procedimento.	Não há que se falar em autonomia procedimental.
Assegura direitos sem jamais satisfazer.	Antecipa efeitos da sentença final, satisfazendo o direito da parte.
Temporiedade.	Provisoriedade.
Segurança da execução.	Execução para segurança.
Risco de dano iminente.	Perigo de dano irreparável.

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

TEORI ALBINO ZAVASCKI (2002, p. 68) observa no sentido de que as medidas cautelares e as antecipatórias identificam-se por desempenhar função constitucional semelhante, qual seja, a de propiciar condições para a sobrevivência harmônica dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição, mas sujeitam-se a regime processual e procedimental diversos.

Importante destacar que o projeto original do art. 273 do Código de Processo Civil foi elaborado por OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, que claramente distingue

tutela antecipada de tutela cautelar. Ou seja, a partir de uma leitura isolada do art. 273 do Código de Processo Civil poderíamos afirmar que o legislador adotou o modelo de tutela de urgência de OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, em que pese conter algumas incongruências e disparidades que não se afinam com o pensamento do referido processualista.

Entretanto, o legislador manteve a teoria de PIERO CALAMANDREI no Livro III, que trata do Processo Cautelar. Ou seja, o artigo 273 do Código de Processo Civil contempla a tese de um doutrinador que não aceita a existência de cautelares satisfativas e todo o livro das cautelares continua ainda contemplando as ideias de outro processualista que expressamente aceita as cautelares satisfativas.

Em razão dessa incongruência do sistema processual civil brasileiro, que contém duas teses antagônicas – que partem de linhas diversas, paralelas, que jamais vão se encontrar – persiste uma grande dúvida entre os operadores do direito: afinal, temos ainda as chamadas cautelares satisfativas ou elas passaram a deixar de existir com a adoção da teoria de OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA no artigo 273 do Código de Processo Civil?

Na verdade, mais uma vez legislamos mal, partindo de pressupostos antagônicos dentro de um mesmo diploma legal.

Por outro lado, em razão da adoção de dois modelos divergentes dentro de um mesmo sistema, surge outro grande problema: a utilização inadequada dos instrumentos processuais (tutela cautelar e tutela antecipada) e a conseqüente (im) possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade que será abordada a partir do próximo item.

2.2.9 Fungibilidade entre medidas urgentes

A (in) fungibilidade entre medidas antecipatórias e cautelares e vice-versa sempre foi contestada por OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA. Em que pese a resistência do mencionado autor em aceitá-lo, o § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 10.444/2002, expressamente contemplou a fungibilidade entre medidas antecipatórias e cautelares.

Hoje, em face do dispositivo *alhures* destacado, está praticamente pacificada a aceitação da fungibilidade entre medidas antecipatórias e cautelares. Todavia, o grande problema que ainda persiste é da fungibilidade na via inversa ao § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, entre medidas cautelares e antecipatórias. Não há consenso a respeito do tema na jurisprudência e na doutrina, consoante a seguir demonstrar-se-á.

Dentro da nossa Constituição Federal se encontra o Princípio do Estado Democrático de Direito que assegura ao indivíduo o direito e garantia à análise do Judiciário a toda lesão ou ameaça a direito, consubstanciado pelo princípio da segurança jurídica, promovendo a prestação judiciária adequada, efetiva e tempestiva.

A professora DAYSE ALMEIDA (2004, p.4) cita que:

O legislador deve empreender formas processuais para garantir a efetiva dinamização dos princípios elencados explícita e implicitamente, promovendo assim instrumentos processuais adequados à situação e, que essas formas seriam, por via de reflexo, denominadas de tutelas de urgência.

No direito processual brasileiro nunca existiu previsão de fungibilidade entre as ações, exceto em ações possessórias e nos recursos em geral. Com a reforma advinda da Lei nº 10.444/2002 que acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, que assim explicita:

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 ao processo ajuizado.

Como se pode observar, este dispositivo promoveu a inserção da fungibilidade no direito processual civil brasileiro entre as denominadas tutelas de urgência, ou seja, tutela cautelar e tutela antecipada.

DAYSE ALMEIDA (2004, p.4), ao definir a fungibilidade deixa claro que:

É um princípio processual implícito e que decorre do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, citando o art. 244 do Código de Processo Civil² e afirmando que a intenção do legislativo é cristalina, valorizando o objetivo do ato e não pelo ato em si mesmo.

É evidente que o juiz tem o dever de apreciar e aproveitar a petição na qual se encontra o pedido de urgência, com a finalidade de evitar o perecimento do direito, possibilitando a efetivação do provimento judicial.

Essa disposição possibilita a substituição dos procedimentos sem prejuízo ao oferecimento da tutela pretendida, seja cautelar ou antecipatória.

Enfim, a denominação que se dá à medida de urgência não tem importância, pois ao juiz é dada a liberdade para a concessão da medida mais adequada, mesmo que não tenha sido pleiteada pela parte.

Partindo desse pensamento MARINONI (2008, p.131) ao escrever sobre o significado de fungibilidade presente no § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil, cita que:

Este parágrafo, ao aceitar a possibilidade de confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, frisa a diferença entre ambas. Isto por uma razão de lógica básica: somente coisas distintas podem ser confundidas.

² O ato só se considera nulo e sem efeito se, além de inobservância da forma legal, não tiver alcançado a sua finalidade.

Em uma interpretação literal pode ser dito que o §7º do art. 273 pretende somente viabilizar a concessão, no bojo do processo de conhecimento, da tutela cautelar que foi chamada de antecipatória. Se a tutela foi batizada de “antecipatória”, mas a sua substância é “cautelar”, ela pode ser deferida no bojo do processo de conhecimento, desde que haja dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza. [...] Neste caso, não existindo erro grosseiro do requerente, ou, em outras palavras, havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela, aplica-se a ideia de fungibilidade, uma vez que seu objetivo é o de evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento da tutela urgente (evidentemente de natureza nebulosa) no processo de conhecimento.

“Só o fato de existir a possibilidade de requerimento de tutela cautelar em um processo de conhecimento, admite-se a concessão de tutela antecipatória, ainda que o autor pleiteou com o nome de tutela cautelar “(MARINONI, 2008, p. 131).

E continua o mestre MARINONI(2008, p. 131):

Neste caso, não existindo erro grosseiro do requerente, ou, em, outras palavras, havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela, aplica-se a ideia de fungibilidade, uma vez que o seu objetivo é o de evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento da tutela urgente (evidentemente de natureza nebulosa) no processo de conhecimento.

Fica assim evidente que o preceito constitucional explícito no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, citado anteriormente, está presente em todas as situações que ensejam a prestação jurisdicional, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Diante de todo exposto, podemos afirmar que a introdução do § 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil adicionou ao nosso sistema o fenômeno chamado de sincretismo processual.

A posição de DINAMARCO (2004, p. 91) quanto ao acréscimo do § 7º ao art.273 do Código de Processo Civil, introduzido pela segunda Reforma, Lei nº 10.444, de 7 de Maio de 2002, é a seguinte:

Teve o significado e declarada intenção de, além de ditar a regra da *fungibilidade* entre as medidas urgentes, determinar que as demandas de cautela, quando formuladas na pendência do processo principal, darão origem a meras questões incidentes e não mais, como antes, a um *processo incidente* àquele. Não se forma nova relação processual, e o ato que decide a respeito, não pondo fim a processo algum, é mera decisão interlocutória, não uma sentença.

Fica claro que, a justificativa da aplicação da fungibilidade busca a eficácia do processo, que é o instrumento da jurisdição.

Também é importante frisar que o parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil está em harmonia com o poder geral de cautela do juiz, que preenche as lacunas, advindas da não possibilidade de prever as situações concretas que propiciariam a proteção de natureza cautelar e, é uma segurança para o deferimento das medidas assecuratórias do direito da parte, não dependendo do rito processual adotado, pois a natureza cautelar é instrumental, isto é, tem o objetivo de preservar os direitos enquanto o mérito da questão é discutido.

Com isso percebe-se que a fungibilidade das ações cautelares e o poder geral de cautela estão em consonância e completam um sistema que deixa evidente a preocupação do legislador com a proteção e segurança dos direitos ameaçados e em risco das partes e, também com a efetividade do processo.

O processualista LUIZ RODRIGUES WAMBIER (2008, p. 46) ressalta que:

O poder geral de cautela, tanto quanto o processo cautelar em geral, tem origem na Constituição. Os autores dizem que se trata de um poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional. A garantia constitucional de que toda ameaça ou lesão a direito pode ser combatida pelo Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) implica também a atribuição de mecanismos para que a atuação do Judiciário, no cumprimento dessa tarefa, seja eficaz. A medida cautelar é um desses mecanismos.

O poder geral de cautela permite que o juiz, que é o seu titular, tome providências de índole cautelar (isto é, como função cautelar) que não estejam previstas expressamente (tipificadas) e que não tenham sido requeridas.

Ademais WAMBIER (2008, p.46) afirma que:

“O poder geral de cautela fez nascer a possibilidade de a parte que consegue demonstrar *fumus boni iuris* e *periculum in mora* pleitear proteção ao seu provável direito por meio de ação cautelar inominada, ou seja, por meio de ação cautelar cujos contornos não estejam nítida e precisamente descritos em lei.

Por fim, observamos que existem requisitos para adotar a fungibilidade, a possibilidade de deferimento de cautelares típicas e atípicas em um processo de conhecimento e a existência, denominado por alguns doutrinadores, de “mão dupla” ou “duplo sentido vetorial”.

2.2.9.1 Posicionamentos pela (in) fungibilidade entre medidas cautelares e medidas antecipatórias

Como não poderia deixar de ser, OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA não aceita a fungibilidade entre medida cautelar e medidas antecipatórias, por entender que ambas não se confundem. As mesmas possuem características próprias.

Para o doutrinador, seria possível a fungibilidade entre medidas antecipatórias – tal como contemplada no § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil – e medidas cautelares, tendo em vista que aquele que “pleiteia o mais” – a tutela antecipada seria o “mais” por ter requisitos mais rigorosos – poderá ter deferido “o menos” – tutela cautelar seria o “menos” por ter requisitos menos rigorosos. Todavia, não seria possível a fungibilidade entre medidas cautelares e medidas antecipatórias porque aquele que “pleiteia o menos” (tutela cautelar) não poderia ter deferido a seu favor o “mais” (tutela antecipada).

Os fundamentos de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (2000, p. 71) são frágeis, tendo em vista que o autor não analisa a essência das distinções entre tutela antecipada e tutela cautelar. Não é nem um pouco improvável que aquele que ajuíze uma ação cautelar disponha dos requisitos para a concessão de uma tutela antecipada. Em ocorrendo essa circunstância, cairia por terra a tese do mencionado autor pela (in) fungibilidade entre medidas cautelares e medidas antecipatórias.

2.2.9.2 Posicionamentos pela fungibilidade entre medidas urgentes

Partindo-se da concepção de PIERO CALAMANDREI de que a tutela cautelar abrange as medidas satisfativas, é possível sustentar-se a fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias no âmbito dessa teoria.

Por outro lado, um forte posicionamento jurisprudencial e doutrinário tem reconhecido que, de fato, há distinções bastantes claras entre tutela antecipada e tutela cautelar. Todavia, indeferir-se a medida pleiteada por entendê-la incorreta implicaria em um grande número de casos em sacrifício de direitos. Ora o Direito Processual Civil não é um fim em si mesmo. Ele está a serviço da sociedade. Logo, entre indeferir-se a medida, preservando-se a forma, e tutelar-se o direito do respectivo titular, a opção deverá ser pela última das alternativas.

Ao tratar do tema, refere DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO (2003, p.127) que,

O objetivo do legislador, portanto, longe de admitir a igualdade das duas tutelas de urgência, foi tão-somente, admitindo a evidente ligação entre elas, não permitir que em determinadas situações onde haja fundada dúvida entre qual das tutelas é a adequada, se sacrifique o direito da parte. Como não se pode deixar de admitir que há situações no caso concreto onde imperam a dúvida e a discórdia, o legislador pretendeu preservar o direito acima de tudo, ainda que em detrimento de uma melhor técnica processual.

O artigo 273 do Código de Processo Civil traz em seu § 7º a possibilidade de deferimento da medida cautelar postulada a título de tutela antecipada no âmbito do processo de conhecimento, desde que presentes os respectivos pressupostos.

Sabe-se que a justificativa da aplicação da fungibilidade é a eficácia do processo (o instrumento da jurisdição), o desapego ao formalismo exagerado, a economia e celeridade processual.

Existe também a importância dos requisitos da tutela antecipada, pois são mais exigentes do que a da tutela cautelar como citado no capítulo anterior.

Alguns doutrinadores se questionam sobre a possibilidade de aplicar a fungibilidade em via inversa, sendo assim demonstra-se que a doutrina ainda não é pacífica, pois há posicionamento a favor e contra da permissibilidade da fungibilidade em mão dupla. As duas posições são fundamentadas em argumentos jurídicos consistentes.

Ao analisar estas duas posições doutrinárias há a predominância da permissibilidade em mão dupla das tutelas urgentes.

MARCOS BELTRÃO PEREIRA NETO, em seu artigo (2008, p.01), ao analisar o parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, observou que existe a possibilidade do magistrado converter, até mesmo *ex officio*, um pedido satisfativo, observados desde logo os pressupostos essenciais quais são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Quanto ao processamento a ser seguido nessa conversibilidade das tutelas de urgência, MARCOS BELTRÃO PEREIRA NETO (2008, p.02) aponta duas questões a serem impostas:

A primeira questão, alguns estudiosos do direito defendem a tese de que deverá ser adotado o rito constante do livro II do Código de Processo Civil. Em contraposição, uma gama de doutrinadores leciona que não deve ser este procedimento a ser seguido, afirmando que esta não seria a intenção dos autores

do anteprojeto e projeto do supracitado ordenamento, pois agindo assim, estar-se-ia desprestigiando os motivos originários da lei nº 10.444 de 2002 e, em consequência, a amplitude do parágrafo 7º do art.273 do Código de Processo Civil, a saber, a efetividade processual. Elucida-se ainda que o ordenamento vigente já admita a possibilidade de concessão de medida cautelar incidente ao processo principal – arresto previsto no art.653 do Código de Processo Civil. Afirma-se ser este último posicionamento o que mais se atém propriamente a *mens legis*.

MARCOS BELTRÃO PEREIRA NETO (2008, p.02) considera que a concessão de tutela cautelar é uma medida de caráter incidental, proferida no próprio processo principal, não necessitando da instauração do procedimento inserido no Livro III do Código de Processo Civil, ou seja, o Processo Cautelar.

E assim se posiciona MARCOS BELTRÃO PEREIRA NETO (2008, p.02):

Busca-se, com a crença de que a medida cautelar deverá observar o procedimento da antecipação de tutela, resguardar o primado da segurança jurídica, por meio dos princípios da economia e celeridade processual.

Ainda continua MARCOS BELTRÃO PEREIRA NETO (2008, p.03) com o destaque da segunda questão que é quanto à concessão da medida inversa ao disciplinado no texto legal, pedido de tutela cautelar e concessão de tutela antecipada:

Seguindo a evolução processualística não se pode negar a aplicabilidade do duplo sentido vetorial, visto que, do contrário, o magistrado (pacificador social que é), estaria renegando a sua função precípua, bem como os fundamentos intrínsecos da tutela jurisdicional e, em última análise, o próprio direito da parte, em prol de um exacerbado formalismo. Em outras palavras, o posicionamento mais adequado é o que vai ao encontro da simplificação da processualística, a um processo civil de resultados, objetivando a aproximação do direito material com o instrumental .

É evidente para nós a preocupação do estudioso supracitado com a crescente complexidade das relações sociais, buscando demonstrar que é a intenção do legislador atual é não se apegar demasiadamente com a forma, mas com a finalidade de ser célere e efetivo no procedimento processual. Deixando bem claro que, não se devem abandonar as formalidades legais necessárias a convalidação do ato, em nome da positividade da jurisdição.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2004, p.92) defende a possibilidade de deferimento da cautelar em processo de conhecimento, como também defende a antecipação de tutela em processo cautelar, podendo aplicar a fungibilidade entre as tutelas de urgência. Assim se posiciona o doutrinador:

Para quem fez um pedido a título de medida cautelar, o juiz está autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em mão única.

Compartilhando deste entendimento, LUIZ RODRIGUES WAMBIER (2008, p.45) explica que o texto da Lei nº 10.444/2002, que incluiu o parágrafo 7º, no artigo 273, deixa clara a antes mencionada fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar:

Diversamente do que pode parecer com uma leitura rápida, a providência de natureza cautelar pode ser postulada ainda que não tenha expressado pleito de antecipação de tutela. Pode ocorrer de o autor não ter pedido antecipação de tutela (até mesmo por eventualmente não lhe interessar tal antecipação), mas ter pedido providência de natureza diversa do provimento final almejado, com os requisitos suficientes para a concessão de medida cautelar. Nessa hipótese, a norma autoriza o pedido (cautelar) em processo de conhecimento.

Por outro lado, e embora a regra não o diga expressamente, as razões antes expostas evidenciam que a fungibilidade também haverá de ser reconhecida no sentido oposto – ou seja, poderá haver deferimento de tutela antecipada requerida sob a forma de medida cautelar.

Em posicionamento contrário o estudioso DIJONILSON VERÍSSIMO (2008, p.3) pondera:

Se lermos atentamente o dispositivo inserido no artigo 273 do Código de Processo Civil, percebemos que existe a autorização de que o juiz defira tutela cautelar a título de antecipação de tutela, porém não faz menção do caminho inverso, ou seja, requerer medida antecipatória na forma de medida cautelar.

No entendimento de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (2000, p.40) quando se refere à fungibilidade entre a medida antecipatória e medida cautelar constante do

acrécimo realizado no art.273, § 7º, do Código de Processo Civil, não há óbice para a concessão de antecipação de tutela como medida cautelar. Senão veja-se:

Não há dúvidas em que existem características comuns às medidas antecipatórias e às medidas cautelares: umas e outras supõem um juízo de verossimilhança das pretensões do postulante, ou seja, a aparência do bom direito, mais intenso nas Antecipações de Tutela, menos intenso quando pressuposto à concessão de providências cautelares, e supõe, igualmente, regra geral, o caráter de medidas de urgência. E que os provimentos antecipatórios surgiram, salvo em casos específicos já anteriormente previstos em lei, utilizando como via procedimental a ação cautelar dita “inominada”, fenômeno este, também ocorrente em outros países.

No nosso país o adequado discrimen entre os provimentos antecipatórios, de natureza satisfativa, e as medidas cautelares *stricto sensu*, não-satisfativas, impõe-se, todavia não levar tal princípio às últimas conseqüências, mas admitir, quando possível uma “fungibilidade” de uns e outros, em homenagem à economia processual e à eficiência e brevidade do processo. Portanto afirma ainda que, se o demandante postular na petição inicial lhe seja liminarmente deferida uma providência que denomina como antecipatória, mas em realidade constitui providência cautelar, tal equívoco não deve ser motivo, para que o magistrado simplesmente a denegue, ou dela não conheça por inadmissível.

Vejamos que, quando se trata da possibilidade de mão dupla da fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada o tipo de procedimento se evidencia, pois o deferimento de tutela cautelar no bojo do processo de conhecimento não acarreta em maiores problemas, pois estamos tratando do procedimento comum. Sendo este o procedimento que confere mecanismos de defesa ao réu.

Em outro aspecto, é sabido que no rito cautelar, os prazos são mais curtos e existem algumas restrições em relação à produção de provas.

2.2.10 A técnica processual de antecipação de tutela adotada pelo direito italiano

A reforma ocorrida no Direito Processual Civil italiano, no ano de 2005, abandonou o padrão acessório que tradicionalmente caracterizava a tutela de urgência, nesse respectivo sistema, para adotar um sistema similar ao do referê francês, onde prevalece a autonomia e a sumariedade das ações cautelares satisfativas.

Trata-se, evidentemente, de um caminho bastante diferente daquele trilhado no Código brasileiro, onde tutela cautelar e tutela antecipada são traçadas como fenômenos distintos, sendo submetido, por essa razão a regime processual diverso.

Nos termos do novo artigo 699-*octies*, do Código de Processo Civil italiano, não mais se assinala um prazo para que a ação principal seja proposta, em seguida ao deferimento de medida cautelar satisfativa, de antecipação de efeitos de sentença de mérito. A falta de sua propositura não conduz mais à ineficácia do provimento.

Em razão dessa circunstância, a instauração de um futuro processo ordinário, não resta prejudicada, se alguma das partes entender de buscar novo pronunciamento judicial sobre o mesmo litígio.

Segundo FRANCO CIPRIANI (2006, p. 26), os provimentos cautelares antecipatórios acabaram por ser cautelares apenas no modo de dizer. Isto porque, no direito italiano, mostram-se claramente distintos dos provimentos cautelares. Em contrapartida GIROLAMO MONTELEONE (2007, p. 357) sustenta que na atual perspectiva, as medidas antecipatórias no Código Italiano deriva *una conseguenza della massima importanza, vale a dire che le misure anticipatorie costituiscono una forma generalizzata, rapida e sommaria di tutela giurisdizionale dei diritti che si pone accanto ed in alternativa all'ordinario processo dicognizione.*

2.3 A constitucionalização da tutela de urgência

A questão da natureza constitucional da tutela de urgência deve ser resolvida à luz das garantias da efetividade do processo e da cognição adequada que compõem o devido processo legal, informado pelo contraditório equilibrado e ampla defesa.

Muitas vezes, interesses fundamentais da pessoa, amparados em sede constitucional, apresentam-se antagônicos em determinada situação concreta.

De qualquer sorte, o correto equacionamento dessa questão requer sejam ponderados os bens e valores em conflito, a fim de se dar preferência àquele que, ao ver do intérprete, seja superior e mereça prevalecer. No tocante a este aspecto, a tutela aos direitos fundamentais revela-se de vital importância, assim como a abrangência do princípio da proporcionalidade.

Os direitos fundamentais – ou direitos humanos, direitos civis, direitos da liberdade, direitos individuais, liberdades públicas, formas diferentes de expressar a mesma realidade – estão aliados a todas as tendências que vêm no indivíduo, na sua subjetividade, o dado fundamental da realidade. Segundo GREGÓRIO ROBLES (1995, p. 18):

A vinculação dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá, sem qualquer óbice, à universalidade desses direitos como ideal da pessoa humana. Essa universalidade manifestou-se, pela primeira vez, por ocasião da Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

Ao longo dos anos, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que se refere ao seu conteúdo, quanto à sua titularidade, eficácia e efetivação. Tradicionalmente, costuma-se falar em três gerações de direitos. Todavia, há quem defenda a existência de uma quarta geração. INGO WOLFGANG SARLET (1998, p.47) faz uma crítica à expressão geração, sugerindo a utilização da palavra dimensão, *verbis*:

Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vem sendo dirigidas contra o próprio termo gerações por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão gerações pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo dimensões dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. Neste contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, ao que se chama de fantasia das chamadas gerações de direitos, que, além da imprecisão terminológica consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento.

Os direitos fundamentais encontram-se em constante processo de transformação, gerando a sua recepção no texto constitucional e no campo do Direito Internacional. Segundo RICARDO LOBO TORRES (1999, p.255),

Diante dos efeitos da globalização e das declarações internacionais, os direitos humanos conquistam expressão universal, permitindo que se vislumbre também uma cidadania mundial, internacional ou supranacional, que é mudança temporal na percepção dos direitos fundamentais coincidente com a espacial.

Por outro lado, para INGO WOLFGANG SARLET (1998, p.48), pode-se dizer que os direitos fundamentais são fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano. Trata-se de uma categoria aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade neste campo (direito à vida, liberdade de locomoção e de pensamento, etc).

Na nossa Constituição existem vários princípios que servem de alicerce para garantir a efetividade da prestação jurisdicional e a ordem jurídica tão almejada pelos profissionais da ciência jurídica, assegurando um provimento jurisdicional adequado, efetivo e tempestivo. È o que se pretende quando se vale da utilização da tutela de urgência, defendida por alguns doutrinadores como o instrumento contra a morosidade processual.

No entanto, as tutelas de urgência evitam o risco da demora do processo comum e, também a descaracterização da função natural da providência jurídica, de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material da parte vencedora.

Em princípio o que se objetivava com uma luta incansável era a preservação dos bens, tratados no processo demorado e lento, conservando-os de eventuais situações de risco, tornando úteis e viáveis ao final da sentença para os litigantes, mas ficaria à margem a tutela satisfativa, pois o que se pretendia era a prevenção do bem litigado.

Sendo assim, para superar essa demora, aqueles que lidam com o direito procuram nas leis vigentes alternativas que permitem tutelar direitos, ainda que provisoriamente e acautelar as situações jurídicas sob grave risco.

Com o passar do tempo, e com a necessidade de prestações jurisdicionais mais céleres, pois com o dinamismo crescente de nossa sociedade é comum que exista uma grande diferença entre a norma e o fato, e nessa busca frenética para solucionar conflitos fez com que os juristas passassem a defender algo mais efetivo do que a medida cautelar, a antecipação, na medida do possível, da efetiva tutela jurisdicional, tornando assim o Poder Judiciário mais dinâmico e célere, construindo assim uma sociedade mais justa e sem desigualdades, garantindo o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

O Direito Europeu (França, Alemanha, e Inglaterra) evolui notoriamente para a concepção da tutela provisória conservadora e reguladora da situação jurídica material das partes, mas era tratado pela maioria da doutrina como processo autônomo, por possuir características e autos próprios e algumas peculiaridades afins. Como por exemplo, sua função preventiva e garantidora do resultado útil do processo cognitivo, não influenciando na decisão de mérito conclusivo da lide, que acontece no processo principal.

No Brasil, o instituto da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional teve seu início mediante novo texto dado ao art. 273 do Código de Processo Civil, da Lei nº 5.869/73, que foi revogado pela Lei nº 8.952 de 13 de Dezembro de 1994, segundo o qual

expõe que, perante o requerimento da parte, o magistrado poderá antecipar, parcial ou totalmente, os efeitos da tutela, isto é, o objeto pedido inicial, possibilitando a concessão de tutela antecipada de forma genérica a todas as ações de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos gerais elencados no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Segundo LUIZ RODRIGUES WAMBIER (2008, p.328), “essa inovação é corajosa, pois o legislador assume o risco de permitir que o juiz profira decisão com base em prova não exauriente”.

E ainda preceitua LUIZ RODRIGUES WAMBIER (2008, p.328):

O conceito de prova não exauriente (*fumus boni iuris* ou prova *quantum satis*) é correlato ao de cognição sumária ou superficial. Nestas hipóteses, o juiz tem uma forte impressão de que o autor tem razão, mas não certeza absoluta, como ocorre na cognição exauriente.

Quanto ao risco, LUIZ RODRIGUES WAMBIER (2008, p.328) diz que, “desde que seja compensado com a exigência expressa e clara”, ou seja, a decisão que concede a medida venha fundamentada de modo claro e preciso e, que a mesma modifique ou revogue a sentença anteriormente proferida.

Deste modo, a antecipação de tutela é justificada pelo princípio da necessidade, a partir do pressuposto de que sem ela, a espera pela sentença de mérito ensejaria a denegação de justiça, visto que a efetividade da prestação jurisdicional estaria gravemente comprometida.

Neste sentido, LUIZ RODRIGUES WAMBIER (2008, p.329) se posiciona:

Hoje à luz dos valores e das necessidades contemporâneas, se entende que o direito à prestação jurisdicional é o direito a uma prestação efetiva e eficaz. Na verdade, pouco importa se tenha sido concedida por meio de sentença transitada em julgado.

Dentro dos pressupostos ressaltados pela lei, o direito subjetivo processual é relevante, pois a parte tem o poder efetivo de exigência da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou, antecipando uma decisão de mérito, levada ao conhecimento do Poder Judiciário.

As tutelas de urgência, tutela antecipatória e tutela cautelar no âmbito do processo civil brasileiro moderno, encontram fundamento no artigo 5º, XXXV, da nossa Constituição Federal Brasileira de 1988 que assim preceitua:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Partindo desse pensamento, MARINONI (2008, p.135) cita o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal em sua obra e assim se posiciona:

O art. 5º, XXXV, da Constituição da República, garante o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o qual se obriga o Estado a instituir técnicas processuais idôneas à tutela dos direitos. O cidadão que afirma ter um direito deve ter ao seu dispor as medidas e os instrumentos necessários à realização do seu eventual direito.

A nossa Carta Magna traz em seu bojo, normas de aplicabilidade imediata, *argumentum ex* artigo 5º, § 1º, como a que prevê a inafastabilidade do controle jurisdicional: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Observemos que tais normas prescindem de uma lei com eficácia plena ou absoluta.

Diante da necessidade pela rápida satisfação das pretensões de mérito, as diversas garantias fundamentais nem sempre são absolutas, entram em conflitos umas com as outras,

cobrando do aplicador do direito um trabalho de harmonização ou compatibilização, para se definir a área de conflito.

Segundo LUIZ RODRIGUES WAMBIER (2008, p.329), “do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional decorre o direito à prestação da tutela jurisdicional, este hoje formulado expressamente no art. 5º, XXV, da Constituição Federal”.
Vejam os:

A tutela antecipada consiste em fenômeno processual de raízes nitidamente constitucionais, já que, para que seja plenamente aplicado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é necessário que a tutela prestada seja efetiva e eficaz.

Portanto, LUIZ RODRIGUES WAMBIER (2008, p.329) afirma que “a função da tutela antecipada é tornar a prestação jurisdicional efetiva. A necessidade dessa efetividade é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela”.

E assim continua o autor *alhures* mencionado, “a função da tutela cautelar é a de gerar tutela jurisdicional eficaz. [...] Portanto, pode-se concluir que também a tutela cautelar tem fundamento constitucional”.

Sobre o preceito constitucional citado acima, defende o jurista KAZUO WATANABE (1992, p.77):

É o acesso à ordem jurídica justa. Um dos dados elementares do princípio da proteção judiciária com semelhante alcance a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover à efetiva, adequada e tempestiva tutela de direitos.

De forma similar pensa EDUARDO MESQUITA (2002, p. 174):

Não pode a demora jurisdicional ser imputada ao jurisdicionado, que não lhe rendera ensejo e, portanto, tem direito a uma tutela tempestiva e adequada, devendo ser eliminado qualquer desvio que possa comprometer o gozo integral

do bem da vida que lhe é próprio. O monopólio estatal da jurisdição impõe uma atitude tendente a coibir qualquer dano que porventura venha a ser causado pelo próprio Estado.

De acordo com entendimento do Professor LUIZ FUX (2008, p.50):

Filtrando-se garantias emanadas do texto constitucional, pode-se constatar que as tutelas de urgência encontram-se por via oblíqua garantida, sob pena de consagrar a tutela tardia e ineficiente. Assim, se pode esclarecer que a necessidade de se tutelar com urgência direitos é um dever constitucional, consubstanciado na garantia inserida dentro da Constituição, do acesso à Justiça através de instrumentos distintos de defesa do jurisdicionado contra a demora do processo, destinando-se, respectivamente a adiantar os efeitos do mérito do pedido e a assegurar o resultado útil do processo principal.

Nesta mesma linha de pensamento está a lição de MARINONI (2008, p.50):

O processo para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito. O cidadão, de fato, tem direito constitucional à tutela antecipatória. Do princípio da inafastabilidade decorre o direito ao devido processo legal, aí incluído, entre outros, o direito à adequada tutela jurisdicional, abrangendo o direito de petição, como “autêntico direito abstrato de agir”, o direito à tutela urgente, e os direitos ao procedimento, à cognição, ao provimento e aos meios executivos adequados (2008, p.136). A legislação infraconstitucional, portanto, ainda que possa delimitar o direito de ação, estabelecendo condições para o seu exercício, bem como disciplinar os procedimentos, não pode, sob pena de lesão ao princípio constitucional, impedir o direito de ação, negar o direito de postulação de uma tutela urgente, ou ainda, porque resultaria no mesmo, estabelecer procedimento, cognição, provimento e meios executivos inadequados a uma determinada situação conflitiva concreta.

Dessa forma, as tutelas de urgência servem como aparato de uma tutela jurisdicional e garantem a execução ou antecipam os efeitos da decisão final.

2.3.1 A relação constituição/processo: em busca de uma nova dimensão para o direito processual civil na pós-modernidade

O final dos anos 60 e o princípio da década de 70 marcam o advento de uma virtual renovação do Direito Processual Civil. Passou-se a enfatizar a origem constitucional dos institutos processuais básicos.

Dentre os primeiros doutrinadores que atentaram para a conexão entre processo e Constituição, bem como para as instituições políticas em geral, encontram-se EDUARDO COUTURE e PIERO CALAMANDREI, sendo do primeiro a concepção do direito de ação como aquele direito subjetivo público, garantido constitucionalmente como direito de petição, enquanto o segundo procurou apontar o papel do processo em um regime democrático, em sua visita aos EUA na década de 50.

Até o momento, as análises da relação processo/constituição limitaram-se a ensejar esforços no sentido de realizar adaptações da dogmática processual às exigências de compatibilidade com os ditames constitucionais que estão relacionados diretamente com o processo.

Pelo exposto, observa-se que a Constituição fornece o fundamento último do ordenamento jurídico, tendo em vista o desaparecimento da crença de um direito de origem divina. Os valores fundamentais, sobre os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional. A consecução desses valores, por sua vez, requer a intermediação de procedimentos, para que se tomem decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, igualmente, estabelecidos com respeito àqueles valores. O processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o Direito moderno.

Quando o tema é procedimento, imperiosa é a análise do princípio da proporcionalidade.

2.3.2 O princípio da proporcionalidade como forma de garantir a efetivação de direitos fundamentais

O princípio da proporcionalidade surge no século XVIII, a partir da ideia de limitação de poder. É considerado uma medida com valor suprapositivo ao Estado de Direito e visa garantir a esfera de liberdade individual das ingerências administrativas. Naquela época, o critério da proporcionalidade compreendia a área administrativa e a penal. Neste aspecto, é detentor de raízes iluministas, sendo mencionado por MONTESQUIEU e por BECCARIA (ambos tratavam sobre a proporcionalidade das penas em relação aos delitos).

No século XIX, a ideia de proporcionalidade integra, no direito administrativo, o princípio geral do direito de polícia, manifestando-se na necessidade de limitação legal da arbitrariedade do poder executivo. Entretanto, tal princípio apenas foi elevado ao *status* de constitucional no século XX, na Alemanha.

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, desdobra-se em três elementos: princípio da proporcionalidade em sentido estrito, princípio da conformidade ou adequação dos meios e princípio da necessidade.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem por escopo que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente o melhor possível. Ou seja, acima de tudo, não

se pode ferir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, com desrespeito intolerável da dignidade humana.

Em havendo antinomia entre uma norma e um princípio que estabeleça algum direito fundamental, deverá preponderar o último.

Esse princípio confunde-se com a pragmática da ponderação ou lei da ponderação. Constitui requisito para a ponderação de resultados à adequação entre meios e fins. A questão que se deve avaliar é como e em que grau se pode justificar uma ponderação no direito. Justificar significa mostrar que se está em sintonia com a pauta valorativa no ordenamento jurídico.

Decorre da natureza dos comandos dos princípios válidos a otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação. Otimizar implica relativizar as possibilidades jurídicas de um determinado princípio, tendo em vista o peso do princípio colidente em um caso concreto. A decisão de um conflito exige a ponderação a partir do momento em que ele se verificar.

A lei da ponderação diz o que deve ser fundamentado racionalmente, eliminando a irracionalidade da Constituição.

A ponderação diz o que deve ser fundamentado racionalmente, eliminando a irracionalidade da Constituição.

A ponderação de resultados é um método de desenvolvimento do Direito, sendo que a elaboração do princípio da proporcionalidade surge justamente da racionalização de soluções concretas para o conflito de Direitos e bens, como se evidencia na prática jurisprudencial.

Se no mandado de ponderação, ou seja, no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ocorre um balanceamento de possibilidades jurídicas, no caso de duas outras

máximas do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (necessidade e adequação), recorre-se às possibilidades fáticas. A ponderação pode ser fundamentada tanto em princípios de direito fundamental, como em princípios do Estado de Direito ou, ainda, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça.

O mesmo diz respeito à circunstância de que o interesse público deva ser realizado através de medida adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar. O controle dos atos do poder público (poderes legislativo e executivo), que devem atender a relação de adequação medida-fim, pressupõe a investigação e prova de sua aptidão e sua conformidade com os fins que motivaram a sua adoção. Eis o princípio de conformidade ou adequação dos meios.

Já o princípio da necessidade tem como ideia central a liberdade do indivíduo, que deve ser restringida o menos possível.

A opção feita pelo legislador ou executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo: o atendimento à relação custo-benefício de toda decisão político-jurídica, a fim de preservar, o máximo possível, o Direito que possui o cidadão.

Apesar de não termos no Direito brasileiro regra expressa a respeito desse princípio, a doutrina pátria reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade revela-se como engrenagem essencial para garantir a preservação de Direitos fundamentais, podendo-se, deste modo, incluí-lo na categoria das garantias fundamentais.

Decorre do caráter de princípio das normas de Direito fundamental a exigência de otimização de seu conteúdo, ou seja, de seu efeito em relação à ordem jurídica e a circunstância concreta. Isso se verifica quando os princípios colidem com o fato de conter a

proibição de algo que o conteúdo do outro permite. A solução será dada pelo caso concreto, pois é no momento da concreção que os princípios revelam seus diferentes pesos. Ocorre então uma ponderação entre os interesses envolvidos, a fim de se saber qual deles, abstratamente da mesma categoria, possui maior peso no caso concreto.

Assim, as colisões de princípios podem ser solucionadas mediante o estabelecimento de uma relação condicionada de precedência.

Necessária ainda é a distinção entre situações de colisão ou conflito entre Direitos ou entre Direitos e valores afirmados por normas ou princípios constitucionais.

A colisão ou conflito estará presente sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta. O problema é como dar solução ao conflito entre bens, quando ambos se apresentam efetivamente protegidos como fundamentais. A solução dos conflitos e colisões não pode ser resolvida com o recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais. Não se pode sempre (ou talvez nunca) estabelecer uma hierarquia entre os bens para sacrificar os menos importantes.

A solução para o conflito existente entre princípios deverá dar-se respeitando-se a proteção constitucional dos diferentes direitos ou valores, procurando-se a solução no quadro da unidade da Constituição, isto é, tentando-se harmonizar, da melhor maneira, os preceitos divergentes.

Entretanto, este princípio da concordância prática como critério de solução dos conflitos não deve ser aceito ou entendido como um regulador automático. O mesmo executa-se através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito. Por um lado, exige-se que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja necessário e adequado à salvaguarda dos outros (se não for o caso, não se trata sequer de um verdadeiro conflito). Por outro lado, aplicando-se a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, impõe-se que a escolha entre as diversas maneiras de resolver a questão

concreta se faça em termos de comprimir o menos possível cada um dos valores em causa, segundo o seu peso na situação.

A questão do conflito de direitos ou de valores depende, portanto, de um juízo de ponderação, no qual se procura, em face de situações, formas ou modo de exercício específicos dos direitos, encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto de valores constitucionais.

Em que pese a plena aceitação na Alemanha do princípio da proporcionalidade, a doutrina alemã toma em consideração o problema da tendência à “superexpansão”, para designar o exagero ao empregá-lo, o que levaria a um relaxamento na aplicação da lei. Para prevenir que isso aconteça, nada melhor do que atribuir “reflexividade” ao princípio, de modo que só possa aplicá-lo mediante um exame de “adequação”, exigibilidade e proporcionalidade de fazê-lo. Com isso, pode-se reservar a utilização dele para o momento oportuno e necessário, quando for essa a providência mais conforme com a finalidade última do ordenamento jurídico: o maior benefício possível da comunidade com o mínimo sacrifício de seus membros individualmente, devendo-se proteger os direitos fundamentais, através do agir comunicativo.

2.3.3 A proteção aos direitos fundamentais através da teoria do agir comunicativo

A prática da decisão está ligada ao Direito e à lei. A racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente que, por sua vez, depende da racionalidade de um processo de legislação, o qual sob condições de divisão de poderes do Estado de Direito, não se encontra à disposição dos órgãos aplicadores do Direito. Segundo JÜRGEN HABERMAS (1997, p.297), “o discurso político e a prática da legislação, sob pontos de vista do direito constitucional, um tema importante da dogmática jurídica”.

Neste aspecto, o papel do Judiciário em um Estado Democrático de Direito é distinto daquele que se atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais.

Não se pode esperar do Judiciário, na atualidade, uma posição subalterna diante dos outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há que se limitar apenas a ser a “boca da lei”, mas a “boca do próprio direito”.

A atividade judicial não se reduz à mera aplicação do direito preexistente, sendo, na verdade, criativa, produtora de direito. No dizer de JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA (2010, p. 11), a busca do juiz pela resposta correta deve acontecer de modo discursivo, e portanto, intersubjetivo.

Na visão da teoria do discurso, a lógica da divisão de poderes exige uma assimetria no cruzamento dos poderes do Estado. A fundamentação, numa teoria da argumentação, sugere que se configure auto-reflexivamente a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade. O legislador não dispõe da competência de examinar se os Tribunais – ao aplicarem o direito – se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato seria indiscutivelmente função do legislador. A transmissão dessa competência para um Tribunal implica uma fundamentação complexa.

O Direito é impotente para conformar a vida social, só lhe cumprindo a função de compor os conflitos que nela se configurarem, quando não resolvidos por outros meios socialmente institucionalizados e admissíveis. Conseqüentemente, o processo de produção do Direito é sempre dependente da realidade social que busca ordenar e a ela funcionalmente se vincula.

Neste aspecto, os procedimentos judiciais, tais como se apresentam – a maior parte deles com a finalidade de solucionar conflitos meramente individuais – devem sofrer profundas alterações, como o da legitimidade para agir e coisa julgada, para dar conta satisfatoriamente dos conflitos sociais. Esses procedimentos são instaurados por ações coletivas, como a ação popular e a ação civil pública, que funcionam como verdadeiros instrumentos processuais de participação política, que permitem aos cidadãos o exercício da cidadania ativa, isto é, permitem uma participação pluralística dos representantes dos mais diversos setores da sociedade, com o a interpretação que lhes é peculiar, inclusive do texto constitucional.

Pode-se dizer que o poder judicial não se apresenta como um instrumento do Estado, mas da sociedade. Segundo CRISTINA QUEIROZ (2000, p.327),

Uma concepção do direito como integridade implica a preclusão da concepção tradicional de política centrada no Estado. Com isso o juiz compensa com princípios as decisões nos casos constitucionais difíceis, evitando a indeterminabilidade, fundando nesta a sua própria teoria. Trata-se, no essencial, de uma recolocação do poder judicial no lugar que lhe é próprio, liberto das malhas de um poder executivo secundário, de um defensor objetivo e independente da ordem constitucional no seu conjunto, de um defensor que garanta o governo constitucional na acepção que lhe é dada pelo ideal republicano de um “vivere civile e político”. Numa palavra, uma contra-estrutura instituída, um contra-poder, contra as maiorias episódicas, lábeis e circunstanciais, passadas, presentes ou futuras.

O processo judicial que se instaura mediante propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza constitucional, torna-se um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente de cidadania, principalmente para o Direito na Pós-Modernidade, como será visto no capítulo seguinte.

3 O DIREITO NA PÓS – MODERNIDADE E A SUA CRISE

A modernidade, no plano econômico, tem suas origens no advento da máquina a vapor, que impulsionou o capitalismo. No plano das ideias, o iluminismo, difundido a partir do século XVIII, pregava o desenvolvimento moral e material do homem pelo conhecimento.

Segundo Sérgio ROUANET (1998, p.240), a modernidade, tal como foi explicitada por Max Weber, constitui-se no resultado do processo de racionalização preconizado pelo iluminismo, que redundou em enormes modificações não só na sociedade como também na cultura. Quanto ao homem, com o advento do mundo moderno, ele mesmo foi separado dos outros homens e desmembrado no exercício de três papéis diferentes e, às vezes, até contraditórios, o de cidadão, enquanto membro da sociedade política; o de burguês, enquanto agente econômico; e o de particular, enquanto indivíduo e membro de uma família.

Leonel Severo ROCHA (2003, p.185) segue o mesmo entendimento de Max WEBER, posicionando-se no sentido de que a modernidade está atrelada à racionalidade, e que esta racionalidade estaria ligada a uma fonte de noção de Estado:

Toda a teoria jurídica dominante (...) deriva de um contexto histórico bem preciso, ou seja, é uma teoria que se fundamenta na forma de sociedade que chamamos de modernidade. É uma teoria jurídica da modernidade, e o significado mais lapidar que se pode dar à expressão modernidade seria aquele de um período, de uma fase em que há uma grande crença numa certa ideia de racionalidade, e essa racionalidade, no Direito, estaria ligada a uma forte noção de Estado. Assim, toda teoria jurídica da modernidade é uma teoria ligada à noção de Estado, e essa racionalidade se desenvolveu, principalmente, numa dinâmica que se chama normativismo.

Ao contrário da ciência aristotélica, a ciência moderna desconfia das evidências da nossa experiência imediata. A partir desses pressupostos, o conhecimento científico avança pela observação descomprometida e livre dos fenômenos naturais.

As ideias que presidem a observação e a experimentação são as ideias claras e simples, a partir das quais se pode ascender a um conhecimento mais profundo e rigoroso da natureza. Trata-se das ideias matemáticas. A matemática forneceu à ciência moderna além de um instrumento privilegiado de análise, mas também a lógica da investigação e, ainda, o modelo de representação da própria estrutura da matéria. Duas conseqüências principais derivam desse lugar da matemática na ciência moderna:

- Conhecer significa quantificar. O rigor científico afere-se pelo rigor das medições. O que não é quantificável é cientificamente irrelevante;
- O método científico assenta na redução da complexidade. O mundo é complicado, e a mente humana não pode compreender completamente. Conhecer significa dividir e classificar para depois poder determinar relações sistemáticas entre o que se separou. Uma das regras em René DESCARTES consiste precisamente em “dividir cada uma das dificuldades (...) em tantas parcelas quanto for possível e requerido para melhor resolver”.

Essa ideia mundo-máquina é tão poderosa que vai transformar-se na grande hipótese universal da época moderna. O determinismo mecanicista é o horizonte certo de uma forma conhecimento que se pretende utilitário e funcional, reconhecido menos pela capacidade de compreender profundamente o real do que pela capacidade de o dominar e transformar.

No plano social, é esse também o horizonte cognitivo mais adequado aos interesses da burguesia ascendente, que via na sociedade em que começava a dominar, o estágio final da evolução da humanidade. Assim como foi possível descobrir as leis da natureza, seria igualmente possível descobrir as leis da sociedade.

A forma como o modelo mecanicista foi assumindo teve duas conseqüências. A primeira delas – sem qualquer dúvida dominante – consistiu em aplicar, na medida do possível, ao estudo da sociedade, todos os princípios epistemológicos e metodológicos que dominavam o estudo da natureza desde o século XVI. A segunda – durante muito tempo isolada, mas hoje com cada vez mais adeptos – consistiu em reivindicar para as ciências sociais um estatuto epistemológico e metodológico próprio, com base na especificidade do ser humano e na sua distinção radical em relação à natureza.

O resultado da concepção da modernidade acima explicitado foi que, no seu âmbito, houvesse uma pretensão por parte do Estado na produção de normas jurídicas. O Estado moderno diferencia-se de outros por avocar para si o monopólio na produção do Direito. Segundo João Maurício ADEODATO (1997, p. 05), nem sempre isto ocorreu desta forma:

Na antiguidade havia instituições produtoras de Direito tão ou mais importantes do que o Estado, como o pater famílias em Roma, ou as corporações medievais. Se o pai romano tinha o direito até de vender seu filho e de mantê-lo sob seu jugo durante toda a vida, no mundo moderno a emancipação se dá por decurso de prazo, mesmo contra a vontade do pai, a quem tampouco é permitido exagerar nos castigos enquanto titular do pátrio poder. O direito estatal pretende alcançar inclusive relações íntimas, como aquelas de família ou mesmo o chamado débito conjugal.

Por outro lado, a crescente importância das fontes estatais em detrimento das fontes espontâneas e extra-estatais do direito é outra das características da modernidade.

Dentre as fontes estatais, temos a lei e a jurisprudência.

Também a emancipação da ordem jurídica em relação às outras ordens normativas, a auto-referência do sistema jurídico, existente na modernidade, conduz ao processo de dogmatização do Direito.

A contradição existente entre progresso material e injustiça social – sem que o primeiro elimine ou diminua a segunda – é, explicado por Theodor W. ADORNO, a partir

do pressuposto de que a sociedade moderna deve se reger pelo sistema cuja característica marcante é circunscrever um sistema social fechado sobre si mesmo, o que impede toda e qualquer ação individual ou coletiva para superar sua lógica perversa e injusta, a lógica do sucesso ou do fracasso, que delega à razão somente a tarefa de adequar tecnicamente os meios a fins que lhe são alheios e impostos.

Entretanto, os avanços tecnológicos e a sociedade globalizada fizeram surgir uma nova era: a pós-modernidade, que trouxe progresso ao mundo contemporâneo, mas fez persistir a insuficiência da teoria jurídica da modernidade, conforme será demonstrado no item adiante.

3.1. O progresso do mundo contemporâneo e a insuficiência da teoria jurídica da modernidade

No cenário contemporâneo, a sociedade é regida por novos comandos. De um lado, o mundo contemporâneo trouxe um progresso material impressionante, de descobertas e inovações tecnológicas; de outro, grande parte da população mundial permanece no mais completo estado de subdesenvolvimento e abandono.

Ao desenvolvimento e progresso das metrópoles industriais é possível atribuir também o enorme crescimento das classes médias urbanas e, com elas, o destaque da estrela e vilã de nosso século: a cultura de massa, produção cultural destinada aos grandes grupos de consumidores, simples e estereotipada, com objetivos claros e definidos.

A partir do final da primeira metade do século XX, com o término da segunda guerra mundial, a sociedade, mobilizada pela propaganda e pelo consumo, pela

tecnociência aplicada à informação, passou a assumir novas feições. Abriu-se, então, espaço para a crítica de um ideal de racionalidade institucionalizado.

O desenvolvimento da ciência possibilitou o aumento do saber empírico, colocado a serviço das forças produtivas. A moral, distanciando-se cada vez mais da religião, deu origem a uma ética do trabalho. Posteriormente, com o advento da psicanálise, os mecanismos de repressão foram desvelados, invertendo-se a hierarquia tradicional entre a razão e as paixões com a valorização da espontaneidade e a supremacia do desejo em relação à racionalidade. A arte, por sua vez, distanciando-se da religião, tornou-se mais autônoma com a produção artística para o mercado.

Segundo Sérgio ROUANET (1998, p.229), tais esferas atuando em espaços institucionais próprios – como universidades e centros de pesquisa, no caso das ciências, comunidade de fiéis no caso da moral e sistema de produção, distribuição e consumo no caso das artes – constituem-se elementos funcionais em relação à modernização social, o que não quer dizer que, vez por outra, não exista, entre elas e o próprio sistema social, elementos de contradição.

A pós modernidade deslocou – uma da outra – as três grandes áreas da vida histórica: o conhecimento, a política e o desejo. O conhecimento se libertou de suas restrições éticas e amarras e partiu em busca do que antes era considerado “tabu”, contando somente com a autoridade de seus poderes críticos e céticos. Com o nome de ciência, desligou-se do ético e do estético, perdendo paulatinamente contato com o valor. A investigação ética, desatrelada do aparelho eclesiástico, viu-se livre para levantar questões da justiça e da dignidade sob perspectivas muito mais abertas.

A arte, deixando de servir o poder político e libertando-se de duas funções no interior da Igreja, do Tribunal e do Estado, passou a reger-se por suas leis próprias. O seu significado tornou-se, então, meramente suplementar, ligado ao lado afetivo-instintivo não-instrumental da psique, uma espécie de válvula de escape. Sua independência em relação ao ético e ao político, porém, se deu de forma paradoxal na medida em que aconteceu, em

função de sua integração ao mercado, sua transformação em mercadoria. A estética, em contraposição, se propôs reverter o processo de divisão das áreas da história, estetizando a verdade e a moral: propondo a arte como uma reconciliação ideal do sujeito com o objeto, do universal e do particular, da liberdade e da necessidade, da teoria e da prática, do indivíduo e da sociedade.

Para Jean François LYOTARD (1998, p. 27), há em nossos dias rupturas e mudanças que caracterizam e constituem a pós modernidade. Essas alterações fazem com que ocorra uma crise no conceito de racionalidade inaugurado pelo iluminismo. Para o autor, ciência e sociedade constituem, em nossa contemporaneidade, numa complexa rede de jogos de linguagem, com seus próprios conteúdos e regras de legitimação, sem possibilidade de entendimento. A interpretação homogênea dos acontecimentos que, no início da era moderna, se dava através das narrativas científicas ou filosóficas legitimadoras do saber, perdeu sua validade.

A conquista de novos conhecimentos no interior dos jogos da linguagem legitimadores torna-se restrita aos que podem mais, aos que dispõem de melhores condições financeiras, pois o saber está diretamente subordinado ao lucro. O saber, segundo Jean François LYOTARD (1998, p. 28), está sempre em busca de performance e do aumento de poder de seu usuário, como novas argumentações, novas regras e jogos de linguagem em que o consenso se torna inatingível. Para o autor, o conhecimento, hoje, está sempre se codificando e recodificando das mais diferentes maneiras, em função da transformação das condições técnicas e sociais da comunicação.

Segundo Jean CHESNEAUX (1995, p. 32), a grande expansão do número de computadores conectados em rede exerce, em nossos dias, a exata função que as estradas de ferro um dia exerceram no sentido de anexar territórios ao mundo capitalista. As pressões financeiras que deslocam o espaço urbano são as mesmas que alteraram, anteriormente, o espaço rural, e os bolsões de modernidade do terceiro mundo são retransmissores do capitalismo mundial, como eram, no passado, as colônias tropicais das potências européias. Mais do que nunca produções e trocas servem para reproduzir o capital. A eficiência das

empresas se define pela rentabilidade de seus investimentos e a competitividade de seus produtos. A interpenetração do capital industrial e financeiro é a chave do poderio econômico.

Pelo exposto, observa-se uma profunda modificação no âmbito da sociedade – que possuía características próprias na chamada “modernidade”.

A globalização cria relações de interdependência entre as distintas populações do planeta, reorganizando o tempo e a distância na vida social. Ela impõe uma nova estrutura no campo do poder. A forma estatal perde sua primazia ao subordinar-se a um soberano estatal privado “supra estatal”, de caráter difuso.

A fase pós-industrial, por sua vez, coloca no mercado novos materiais químicos e tecnologia informática, permitindo inovações em todos os ramos de produção e novas técnicas de organização produtiva e empresarial.

Através da globalização, deixam de haver fronteiras para os fluxos financeiros de bens e serviços (e esses fluxos são incessantes !!!). Estabelece-se também a globalização das comunicações. A globalização impõe uma nova estruturação do espaço e das distâncias, por uma parte, e do tempo, de outra. Ela se faz visível na grande superfície comercial. Nos grandes mercados, os produtos agrícolas já não mais estão atrelados às estações do ano nem à localização; oferecem-se roupas, sapatos e produtos da mais variada natureza, produzidos por crianças escravizadas em algum lugar do mundo.

Por outro lado, a fase pós-industrial importa também no surgimento de novas formas de sociedade organizativa. Fala-se, em um primeiro momento, de empresas transnacionais que operam em diversos países. Assim, o capital não conhece pátria. Muitas dessas companhias são o que, às vezes, se denominam de conglomerados, o que significa dizer: ocupam-se da produção de muitos tipos diferentes de bens e serviços.

Assim, pode-se dizer que a força principal da modernidade, força de abertura de um mundo que estava cercado e fragmentado, esgota-se na exata medida em que as mudanças se intensificam e aumenta a densidade de homens, em capitais, em bens de consumo, em instrumentos de controle social e em armas.

Segundo Alain TOURAINE (1995, p.100),

(...) este esgotamento da ideia de modernidade é inevitável, já que ela se define não como uma nova ordem, mas como um movimento, uma destruição criadora, para retomar a definição de capitalismo de Schumpeter. O movimento atrai aqueles que durante muito tempo se fecharam na imobilidade; ele cansa, torna-se vertigem quando é incessante e não conduz senão à sua própria aceleração. Por ser a modernidade uma noção mais crítica que construtiva, ela requer uma crítica que seja por si mesma hipermoderna, o que protege contra as nostalgias que, sabemos, tornam facilmente uma aparência perigosa. O esgotamento da modernidade transforma-se com rapidez em sentimento angustiante do sentimento de uma ação que não aceita outros critérios que o da racionalidade instrumental. Horkheimer denunciou a degradação da 'razão objetiva' na 'razão subjetiva', isto é, de uma visão racionalista do mundo em uma ação puramente técnica pela qual a racionalidade é colocada ao serviço das necessidades, sejam elas a de um ditador ou as dos consumidores, que não são mais submetidos à razão e a seus princípios de regulamentação da ordem social assim como da ordem natural. Essa angústia leva a uma inversão de perspectiva. Bruscamente a modernidade é denominada 'o eclipse da razão' por Horkheimer e Adorno e todos aqueles por eles influenciados, bem além da escola de Frankfurt.

As condições do crescimento econômico, da liberdade política e da felicidade individual não são mais análogas e interdependentes. A dissociação entre as estratégias econômicas e a construção de um tipo de sociedade, de cultura e de personalidade operou-se muito depressa e é ela que define a ideia de pós-modernidade.

Se a modernidade associou progresso e cultura, opondo culturas ou sociedades tradicionais e culturas e sociedades modernas, explicando todo o fato social ou cultural pelo lugar que ocupa sobre o eixo tradição-modernidade, a pós-modernidade dissocia o que havia sido associado.

Gianni VATTIMO (1994, p.12) considera duas transformações como fundamentais para definir a pós-modernidade: o fim da dominação européia sobre o

conjunto do mundo e o desenvolvimento dos meios de comunicação que deram a palavras às culturas locais ou minoritárias. Desapareceu assim o universalismo que concedia uma importância central aos movimentos sociais que a Europa dos séculos XVIII e XIX supunha que lutavam a favor ou contra a razão e o progresso.

A sociedade industrial ampliou a complexidade sócio-econômica e política, exigindo soluções cada vez mais abstratas e flexíveis, pragmáticas e abertas. Com a transformação dos conflitos individuais em conflitos coletivos entre grupos e classes, a mediação formalizada pela práxis social se torna problemática. Assim, o surgimento desses novos conflitos conduz à necessidade de adequação do Direito. O Direito tende a se adaptar e adquire situações próprias à nova situação.

Segundo Juan Ramón CAPELLA (1997, p.239), uma nova cultura babélica assiste o confronto de tendências opostas: o impulso à barbarização de todas as relações sociais, que pode acabar em tiranias integrais e catástrofes sociais duradouras, e a enfraquecida tendência a uma posterior radicalização contra as desigualdades estruturais do processo de democratização.

O grande problema jurídico na atualidade é como pensar o Direito, como operar com o Direito neste período de grandes transformações pelo que se passa, nesta forma de sociedade de que muitos chamam, por uma questão de comodidade, de globalização. Examinar o Direito dentro da globalização implica relacioná-lo com a complexidade, com todos os processos de diferenciação e regulação social que estão surgindo.

Tem-se hoje, em plena forma de sociedade globalizada, ainda uma teoria jurídica originária da modernidade presa à noção de Estado e de norma jurídica. Trata-se de uma teoria que tem como pressuposto teórico e epistemológico o normativismo, que vai difundir-se por todo o Ocidente como matriz teórica que representa o Direito na modernidade. Segundo Leonel Severo ROCHA (2003, p.185):

Dessa maneira, quando se ingressa numa nova forma de sociedade globalizada, que também poderia se denominar de transnacionalização, ou pós-modernidade, o problema é o fato de que qualquer perspectiva mais racionalista ligada ao normativismo e ao Estado se torna extremamente limitada. Não se pode, assim, continuar mantendo uma noção de racionalidade no Direito ao se insistir no ideal kelseniano.

Pode-se falar em uma crise do Direito na modernidade. Não se trata apenas de uma deficiência em sua estrutura tradicional, mas uma crise da integração de seus pressupostos dogmáticos para funcionarem dentro da globalização. É preciso relacionar-se o Direito com a política e a sociedade, o que não é fácil. Conforme se refere Leonel Severo ROCHA (2003, p. 187):

Não basta apenas dizer-se que é preciso pensar-se o Direito juntamente com a política e a sociedade; quanto a isso, há um consenso. O problema está em atribuir um sentido pragmático a essa assertiva.

É preciso romper limites. As velhas seguranças e as evidências estabelecidas por uma forma de pensamento começam a produzir perplexidade e angústias para articular um programa de transformação da sociedade. Este desejo de inovação é o que caracteriza a democracia, exigindo adequação do direito processual civil à realidade contemporânea.

3.2 O tempo na sociedade globalizada: a necessidade de adequação do direito processual civil à realidade contemporânea

Um dos acontecimentos da natureza que mais inquietam o homem, sem qualquer dúvida, é o tempo. Na perspectiva filosófica, o tempo é uma categoria abstrata, enquanto, na visão dos pragmáticos do mundo contemporâneo, *times is money*.

A questão do tempo está ligada à forma da sociedade em que vivemos. Estamos vivenciando uma forma de sociedade globalizada, que tem como características fundante a dissolução da noção tempo/espaço de Kant/Newton, e das estruturas tradicionais de regulação social. A concepção de tempo e espaço de Isaac Newton – refletido em Emanuel Kant e Hans Kelsen – é uma categoria que permitiria duração, antecipação: tempo para pensar, tempo para refletir, tempo de continuidade.

Todavia, essa noção de tempo está superada, face à globalização, isto é, não há mais tempo do antes e do depois, o passado e o futuro. Nesse novo tempo, tudo é instantâneo, não existe mais a separação nítida entre presente, passado e futuro. O tempo é imediato. Segundo Giacomo MARRAMAIO (1995, p.72), o tempo do Direito fragmentou-se.

Segundo o autor,

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

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

Um dos desafios que se apresenta é pensar o tempo dentro dessa nova forma de sociedade. A matriz sistêmica ligada à teoria dos sistemas sociais é um dos melhores caminhos para se fazer essa análise. Segundo a teoria dos sistemas, todo processo de tomada de decisão está ligado a uma noção de tempo. Segundo Leonel Severo ROCHA (2003, p.310),

Decidir é fazer. Decidir é participar do processo de produção do futuro; por isso, decidir é produzir tempo. Decidir na teoria dos sistemas também é produzir uma diferença. A decisão é, portanto, fundamental para o entendimento de qualquer relacionamento mais direto com o problema do tempo.

A matriz sistêmica nos indica, para a observação da sociedade e do direito, problemas e saídas que não eram possíveis de serem pensados através do direito dogmático. Logo, pode-se dizer que o tempo é uma instituição social e, neste sentido, depende do direito.

Segundo François OST (1999, p. 692), *o tempo é uma instituição social, uma construção social*. Ele é construído pela sociedade. O Direito tem por função contribuir com a institucionalização do social. Isto quer dizer que o Direito tem que fazer aqueles instantes, aquelas possibilidades de construção e de decisão que nós realizamos na sociedade tenham duração, sejam assimiladas, sejam institucionalizadas. Assim, pode-se dizer que o Direito é um dos construtores da sociedade. François OST propõe um detalhamento dos meios dessas questões, dividindo-as em quatro momentos a que o Direito estaria vinculado:

- 1º) Memória;
- 2º) Perdão;
- 3º) Promessa;
- 4º) Questionamento.

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

No centro de uma temporalidade que pretende ligar o passado, encontramos necessariamente a tradição, esse elo lançado entre as épocas, essa continuidade viva da transmissão de crenças e práticas. Ainda do que qualquer outra disciplina, o direito é tradição: ele constitui-se por sedimentações sucessivas de soluções, e as próprias novidades que ele produz derivam de forma genealógica

de argumentos e de razões dignos de crédito num ou noutro momento do passado.

Já o perdão não significa simplesmente esquecer, mas seleccionar o que se deve esquecer. Perdão não significa esquecer-se de tudo. O perdão é realizado por um terceiro, que é o Poder Judiciário. Ter memória é saber lembrar e saber esquecer o que interessa no momento presente, enquanto o perdão é uma seleção do que deve ser esquecido. No caso do Direito, o mecanismo utilizado é o Poder Judiciário, uma maneira moderna de encaminhar a questão da memória/esquecimento.

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

O questionamento se revela como o momento mais importante da reprodução do tempo no Direito, porque o questionamento não significa o rompimento com as promessas, porque, se for um rompimento, nós negamos o novo. Ao mesmo tempo, o questionamento também não pode ser um rompimento com a memória, pois, sem memória, sem passado, não temos história e ficaríamos também num espaço vazio. O questionamento tem que possuir a capacidade de ligar o tempo e o Direito com a memória, com o perdão e com a promessa. O Direito, na sociedade globalizada que atualmente vivenciamos, tem que ter no questionamento a capacidade de se institucionalizar rapidamente, porque não temos mais a longa duração que antes tínhamos para criar institutos. É ter a capacidade de se institucionalizar, admitir a não institucionalização e novamente uma outra re-institucionalização. O Direito tem que ter a capacidade de construir, reconstruir e desconstruir o tempo e a si próprio.

O Direito contemporâneo tem que procurar manter essas quatro propostas, inserindo-as numa velocidade maior, como hoje exige a globalização. A função básica do

Direito é a de criar institutos, institucionalizar determinados valores, mas com a consciência de que, em pouco tempo, esses valores serão modificados, pois são efêmeros.

A função do Direito é reduzir a complexidade por meio da construção da sociedade, fornecendo os valores fundamentais para o questionamento. O tempo, que é o tempo do Direito na teoria de François OST e Niklas LUHMANN (1996, p.168), talvez amanhã não seja o tempo do Direito, porque o tempo está escapando das nossas mãos. É preciso que se tenham mecanismos efetivos de tomada de decisões para se produzir o futuro.

A consequência principal desta relevância temporal ocorre com a abertura do futuro. Como diz Niklas LUHMANN (1996, p. 169), “o que acontecerá no futuro torna-se a preocupação central do Direito”. Sobre a importância da ideia de futuro no Direito positivo da sociedade moderna, bem como a sua diferença em relação ao passado e ao presente, refere Niklas LUHMANN:

Apesar do tempo sempre ter uma história coletada, ele não fixa por si só mesmo o futuro. Ele deixa o futuro em aberto, mantendo então a perspectiva de mais possibilidades que jamais pudessem tornar-se presente e, com isso, passado. O futuro é possibilitado pela presença dos sistemas; ele se torna estruturado de forma determinável através de expectativas experimentadas no presente e carregadas na continuidade de experiência sempre presentificada. Assim, sua riqueza em possibilidades depende das estruturas atuais de elaboração da experiência. Tendo em vista um futuro em aberto, porém, o presente evidencia-se ao mesmo tempo como seleção entre outras possibilidades que o futuro tinha indicado.

O futuro, portanto, na concepção LUHMANNIANA, há de ser compreendido como portador de múltiplas possibilidades.

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

Pelo exposto, observa-se que, na sociedade globalizada, o Direito Processual Civil não pode conviver com procedimentos que demandam longa duração, devendo se adaptar as condições atuais da sociedade, observando princípios éticos, morais e, especialmente, a atividade jurisdicional ser um verdadeiro ato de criação. Este é o principal desafio do Direito Processual Civil contemporâneo.

3.3 A atividade jurisdicional como ato de criação: a superação da ideia do “juiz boca da lei”

A decisão judicial poderá ser voltada para o passado, produzindo repetição ou, para o futuro, produzindo diferença. Tanto uma quanto a outra deverão ser levadas em consideração. A programação condicional deverá atentar para a Constituição, acima de tudo. A programação finalística, por sua vez, estará atrelada à abertura do sistema jurídico e, por isso, vinculada à ideia de argumentação.

A ideia de que as instituições processuais sejam neutras e livres de qualquer compromisso com a história é falsa.

O que revela o equívoco da suposta neutralidade da lei não é tanto a transformação radical entre a sociedade capitalista dos séculos XVIII e XIX e a sociedade contemporânea, e, sim, a transformação do próprio conceito de lei. A lei, para o pensamento clássico, deveria corresponder apenas a uma norma abstrata e geral instituída exclusivamente com a finalidade de permitir a livre ação dos agentes sociais e do próprio Governo.

A lei, no Estado contemporâneo, não é apenas aquela prescrição abstrata formulada para permitir a ação dos agentes sociais. Segundo Antonio CASTANHEIRA NEVES (1983, p.587),

Na perspectiva política, a lei deixa de ser uma norma puramente jurídica e apenas susceptível, como tal, de uma mediata função política – a função política que cumpriria com ser só norma jurídica -, para adquirir antes uma imediata função política, pois que em si mesma passou a ser um específico instrumento político, um instrumento de que o poder político lança mão para realizar a sua política. A funcionalística neutralidade jurídica da lei possibilitou que ela adquirisse uma directa intenção política e desse modo se transformasse num processo de governo através do qual, como diz Buerdeau, o próprio legislador governa. À tentativa iluminista de reduzir o político a jurídico substitui-se hoje a instrumentalização do jurídico pelo político.

O processo de conhecimento, ao suprimir os juízos de verossimilhança, conservou-se fiel ao iluminismo, pressupondo que a função de julgar seja eminentemente declaratória. Por outro lado, pressupõe-se que o ordenamento jurídico, criado por um legislador todo poderoso, possa oferecer ao juiz a solução para os casos concretos que lhe caibam julgar, de modo que a função de julgar não seja nada além da mecânica declaração da vontade concreta da lei. O processo de conhecimento, com a experiência dos juízos de certeza, pressupõe a univocidade da lei, capaz de permitir apenas uma solução correta.

Vivemos um momento de profunda crise política, social e, acima de tudo, existencial. Segundo OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA (2000, p.210),

O preço que as épocas de crise tem a pagar aos desígnios insondáveis da História é a incômoda contingência de conviver com as incertezas, que prenunciam as grandes revoluções culturais. A consequência natural desse estado de coisas será sempre o aumento da criação judicial do direito e o crescimento da importância da força normativa factual sobre a norma legal escrita.

Na verdade, o processo civil não promete a descoberta de verdades claras e distintas, como supuseram os filósofos iluministas. O processo oferece versões.

É de fundamental importância a reintrodução de juízos de valor na construção do raciocínio jurídico, admitindo que a atividade jurisdicional é formada por um ato de inteligência sim, no sentido de clarificação do texto legal, mas igualmente é constituída por um ato de criação do direito (ato de vontade).

É chegado o momento de restaurar a dimensão dialógica do debate jurídico, para convencer-mos de que o processo civil não promete a descoberta de verdades claras e distintas, como sustentaram os filósofos racionalistas.

Negar a possibilidade de significados plurais a um mesmo signo jurídico constitui uma fantasia dos juristas.

O problema da interpretação jurídica está a sofrer uma radical alteração se tomarmos a perspectiva do atual contexto metodológico. Deixou de conceber-se a interpretação como sendo a interpretação exclusiva da lei, para se pensar como ato de realização do Direito.

A interpretação jurídica pode ser vista hoje além do seu sentido restrito tradicional, mas em um sentido amplo. A interpretação jurídica era vista como interpretação à lei. Pretendeu-se, ainda, diferenciá-la rigorosamente da possível atividade de integração de lacunas – a interpretação e a integração seriam atos intencionais e metodologicamente distintos. A contrário senso, a interpretação em sentido amplo abrangeria esse ato distinto de integração das lacunas. Ao tratar do tema interpretação, leciona Antonio CASTANHEIRA NEVES (1983, p. 42),

Com efeito, o que acaba de dizer-se não tem relevo só quanto ao âmbito do que deva entender-se por interpretação jurídica; projecta-se também na compreensão do sentido dessa interpretação. É que, se as especificações anteriores se têm situado como que apenas no plano horizontal do nosso problema, havemos de reconhecer que ele não convoca menos o plano vertical da normatividade da ordem jurídica, com a pluralidade das dimensões e elementos normativos que nesse plano totalizam o direito e que culminam nos seus fundamentos axiológico-normativo constitutivo. Isto porque a interpretação jurídica, mesmo quando opera directamente com particulares normas jurídicas – i.e, quando a realização do direito se efectiva pela metodológico-normativa mediação de pressupostas normas ou critérios jurídicos – não pode deixar de assimilar o

sentido axiológico-normativo fundamental da ordem de direito que desse modo e nesse ponto particular realiza, não pode deixar de manifestar, nessa realização, a concepção do direito, e o sentido material da justiça com que o intenciona, a comunidade histórica de que se trate.

Para Jürgen HABERMAS (1987, p.122), a interpretação não constitui propriedade exclusiva da hermenêutica, fazendo parte integrante dos métodos sociológicos, etnológicos, antropológicos, etc.

Todavia, Jürgen HABERMAS (1987, p.122) critica a pretensão de universalidade da hermenêutica filosófica, sem recusá-la. Ele desenvolve sua argumentação em favor da dialética e da superioridade crítica das ideologias em face da hermenêutica.

Jürgen HABERMAS (1987, p. 124) reconhece a importância da tradição. Entretanto, se admitirmos, como ele, a ideia de reflexão crítica, teremos que chegar à conclusão de que a tradição, na qual sempre estamos, não constitui um elemento último inquestionável, mas algo que deve ser problematizado, a fim de que seja possível separar aquilo que é digno de reconhecimento e aquilo que deve ser simplesmente rejeitado.

Ou seja, a tradição é ponto de partida para a compreensão de um problema.

Assim, a análise da problemática do Direito Processual Civil, necessariamente, deverá passar pela observação da tradição que está refletida no pensamento dogmático contemporâneo. Apenas deste modo conseguiremos compreender e propor mudanças.

Uma das formas de se pensar uma crítica à tradição é através das duas formas de identidade, argumentativa e narrativa, sugeridas por Jürgen HABERMAS. Na identidade narrativa, é estabelecida uma referência substancial ao passado, mas sem acesso ao universal; já na identidade argumentativa, é estabelecida a referência processual ao universal, em detrimento da ‘ancoragem’ de um passado constitutivo.

A interpretação jurídica geralmente trabalha com conceitos prévios, cuja tendência é a de serem substituídos progressivamente por outros mais adequados. Aquele

que intenta compreender está exposto aos erros de opiniões prévias que não se comprovam nas coisas mesmas. A compreensão só alcança as suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que inicia não são arbitrárias. Em razão desta circunstância, é importante que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, desde opiniões prévias que lhes subjazem, senão que examine tais opiniões em relação à sua legitimação, isto é, enquanto sua origem e validade.

O sentido de um texto supera ao seu autor não ocasionalmente, mas, sim, sempre. Por isso a compreensão nunca é um comportamento apenas reprodutivo, senão que é sempre produtivo. Compreender não é compreender melhor, nem no sentido objetivo de saber mais em virtude de conceitos mais claros, nem na de superioridade básica que possui o consciente respeito ao inconsciente da produção. Bastaria dizer que, quando se compreende, compreende-se de um modo diferente. Este conceito de compreensão rompe, desde logo, o círculo traçado pela hermenêutica romântica.

A compreensão incrementa sempre o significado de um texto e, assim, forma parte do processo histórico que atualiza o passado. Neste sentido, a hermenêutica é um pressuposto ontológico do mesmo compreender. É anterior ao uso dos métodos; trata-se de uma teoria acerca do cognoscente.

Compreender aquilo que alguém diz significa harmonizar-se com a coisa referida e não transferir-se para esse alguém, repetindo suas vivências. Tal processo dialógico com outrem se caracteriza sempre como um fato de linguagem, que é o meio através do qual os interlocutores se compreendem e no qual se verifica o entendimento da coisa sobre o qual se fala.

Portanto, a hermenêutica deve assumir o seu papel de (inter) mediação e, portanto, de produção/atribuição/adjudicação do sentido. Fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito; é desconfiar do mundo e de suas certezas.

O Direito na modernidade deve ser entendido como uma prática dos homens, expressa através do discurso – tal como sustentado por Jürgen HABERMAS -, sendo mais que palavras, comportamentos, símbolos, conhecimentos. É o que a lei manda, mas também o que os juízes interpretam, os advogados argumentam, as partes declaram, os teóricos produzem, os legisladores sancionam ou os doutrinadores criticam. Enfim, trata-se de um discurso constitutivo, uma vez que designa/atribui significados a fatos e palavras.

A partir do momento em que se começa a pensar a produção da diferença, para construir uma nova realidade, imperiosa se revela a preocupação quanto ao tipo de consequência que esta decisão vai gerar. Todavia, face à alta complexidade na tomada de uma decisão em relação ao futuro, surge o problema do risco, que é a possibilidade de que ela não ocorra da maneira que se está pensando. Segundo Leonel Severo ROCHA (2003, p.199),

Não adianta simplesmente ser como um juiz alternativo e dizer que se vai decidir de maneira diferente da lei e está resolvido o problema. Isso não ocorre. É preciso levar em consideração todas as consequências e toda complexidade que está por trás da produção de uma decisão diferente; por isso, provém da Administração, da Economia e de outras áreas esta questão de risco: uma decisão sempre implica a possibilidade de que as suas consequências ocorram de maneira diferente.

Assim, é preciso que se trabalhe o processo de decisão, estratégias, planejamento, economia, ou seja, é preciso que os operadores do Direito conheçam o risco.

Por outro lado, a ideia de instrumentalidade do processo deve manter uma aproximação constante com a realidade social, para tanto, necessária a comunicação entre direito processual civil e o mundo da vida.

3.4 A comunicação entre direito processual civil e o mundo da vida: realidade social x instrumentalidade

O Direito Processual Civil moderno deve ser resultado da prática do mundo cotidiano. Ele não pode estar em uma “estratosfera” distante do mundo da vida. De nada adianta o processo, se ele não é capaz de solucionar os impasses do mundo cotidiano. Neste sentido, a procedimentalização é fundamental para o desenvolvimento da própria sociedade. Todavia, ela apenas tem razão de existir se o seu sentido for a pacificação social.

Somente se pode falar em uma real pacificação social, se tivermos um Direito Processual Civil adequado à realidade moderna, e não a outros momentos históricos. Assim, podemos ter mecanismos processuais ainda vigentes, que talvez muito tenham servido no passado – em determinado momento histórico por nós vivenciado – mas que hoje estão absolutamente superados. Um destes exemplos é o nosso moroso procedimento ordinário.

O Direito Processual Civil deve ser o resultado de uma razão comunicativa, extraída a partir da *praxis* cotidiana, tanto no aspecto legislado quanto no referente ao direito interpretado pelos Tribunais. Neste aspecto, a análise do discurso jurídico se torna imprescindível. Ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar.

A teoria da argumentação jurídica tem como objeto de reflexão as argumentações deduzidas em contextos jurídicos.

Em princípio, pode-se distinguir três diferentes campos jurídicos em que ocorrem argumentações. O primeiro é o da produção ou do estabelecimento de normas jurídicas. Um segundo campo em que se efetuam argumentos jurídicos é o da aplicação de normas jurídicas à solução de casos, embora essa seja uma atividade levada a cabo por juízes em

sentido estrito, por órgãos administrativos no sentido mais amplo da expressão ou por simples particulares. O terceiro âmbito em que se verificam argumentos jurídicos é o da dogmática jurídica.

Argumentos em prol da legitimidade do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal – sob pena de dissonâncias cognitivas – bem como com os princípios éticos de uma conduta de vida auto-responsável, projetada conscientemente, tanto de indivíduos, como de coletividade.

A teoria discursiva possui um conceito amplo de razão prática, que abarca os usos pragmáticos, éticos e morais da mesma.

Um processo civil justo e social deve fundamentar-se no reconhecimento de amplos os poderes discricionários do juiz.

Interpretar e aplicar o Direito obriga sempre a um balanceamento entre o geral e o singular, entre o texto passado da norma e a exigência presente da justiça.

Para Lúcio Grassi de GOUVEIA (2000, p.147), “não há que se falar mais que o decisor interpreta a lei, o documento legal”.

Atender ao chamado da justiça exige a recriação da norma contida no texto legal, não somente no sentido de que toda leitura/interpretação jurídica deve atender à singularidade de cada caso. Neste sentido, uma prática interpretativa que adote os princípios morais e éticos pode ajudar a superar a indeterminação dos enunciados jurídicos.

Não se trata de uma interpretação dirigida a uma resposta certa, mas uma interpretação comprometida com a busca da justiça e o caráter aberto, intangível desta.

Os princípios morais e éticos não funcionarão com sentido único e decisivo, mas apenas como orientação à atividade do julgador.

Ao lado das preocupações com a moral e ética que o Direito Processual deve ter como escopo, um dos grandes problemas contemporâneos é o da duração do processo. O número de demandas aumenta vertiginosamente a cada dia. A inadequação dos instrumentos processuais faz com que a prestação jurisdicional seja demorada. Ora, prestar jurisdição tardiamente significa o mesmo que não prestá-la.

Pelo exposto, é preciso que seja estabelecida esta atividade dialógica entre o Direito Processual Civil e o mundo da vida, implementando-se instrumentos diferenciados, capazes de torná-lo mais ágil e efetivo.

Procedimentos justos podem quase sempre produzir decisões justas, independentemente de um apelo ao estabelecimento preciso do que seja a justiça em caráter substantivo.

No Direito brasileiro, temos experimentado diversas tentativas de modernização do Processo Civil. Todavia, elas são incapazes de produzir uma transformação significativa em nossa experiência judiciária, por uma simples e incontestável razão: continuamos legislando baseados no paradigma da modernidade. Sem uma mudança de paradigma, continuaremos a ter reformas que são apenas paliativos, que em nada resolvem problemas como a efetividade do processo e a realização do Direito, daí a necessidade de uma jurisdição de urgência.

4 A JURISDIÇÃO DE URGÊNCIA – A NECESSIDADE DE (RE) DIMENSIONÁ-LA

4.1. A tutela de urgência no sistema legislativo brasileiro e a necessidade de superação do modelo anacrônico de processo

A tutela antecipada foi inserida em nosso sistema com a finalidade de reduzir os males que a demora na tramitação do processo causa aos litigantes. Sem qualquer dúvida, trata-se de um resgate dos antigos interditos romanos. Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA (2000, p.214), considera a tutela antecipada como um tímido avanço na recuperação dos juízos de verossimilhança.

Com inteira razão, a afirmação de que o artigo 273 é apenas um tímido avanço, face às dificuldades de sua implementação. Pode-se dizer que se pretendeu com esse dispositivo legal adequar em parte o Direito Processual Civil à sociedade pós moderna; todavia, isto foi feito com base no paradigma da modernidade. É óbvio que não tem como o mesmo efetivar-se.

O modo como a mesma está prevista dificulta a sua real possibilidade de aplicação. O legislador impôs tantos requisitos à sua concessão que, ao invés de ser fácil a sua utilização, acaba sendo um verdadeiro martírio para os operadores do Direito, que continuam se utilizando do processo cautelar indevidamente, face à flexibilização dos requisitos: *periculum in mora e fumus boni juris*.

Este novo modelo foi introduzido no bojo de um modelo anacrônico de processo. Conservamos a estrutura de um processo baseados em juízos de certeza, em razão de

desconfiarmos de juízos de verossimilhança. Demos um passo à frente, introduzindo a tutela antecipada no processo de conhecimento. Todavia, dez passos foram dados para trás ao dificultarmos a concessão da medida; tudo isso face ao modelo ultrapassado de processo em que estamos inseridos. A respeito do tema, leciona Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA (2007, p.214):

Para isto certamente não basta a introdução da chamada tutela antecipatória, recentemente inserida em nosso Código de Processo Civil, através de seu art. 273, se conservarmos a estrutura legal e mental criada através de uma anacrônica tradição universitária, formadora de exegetas e serviços da lei e do Poder. Não se poderá negar, evidentemente, o que este novo instrumento representa de evolução (rumo ao passado longínquo....!) que nos liga à tradição dos juízos executivos do direito germânico medieval e dos interditos romanos. Mas é necessário que se tenha consciência, como disse o filósofo, de que aquilo que poderíamos ter como sendo resultado haverá de ser considerado como o dado, a partir do qual teremos de marchar rumo à revolução autêntica, de que tanto carecem nossas instituições processuais.

Por outro lado, um dos grandes problemas que enfrentamos quando o tema é tutela antecipada é a circunstância de a mesma ter sido introduzida em nosso sistema sem a correspondente alteração do livro que trata do Processo Cautelar, que teve como base a doutrina de Piero CALAMANDREI (2000, p. 761). Segundo esse doutrinador, uma das características do processo cautelar é a provisoriedade, eis que o provimento conserva a sua eficácia no tempo enquanto durar o processo principal. Essa ideia vem claramente prevista no artigo 807 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Em razão de considerar o processo cautelar como provisório, Piero CALAMANDREI acaba inserindo no processo cautelar também as medidas satisfativas,

chamando-as de cautelares satisfativas. Em contrapartida, no modelo de tutela de urgência proposto por Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA (2007, p.215) – adotado por ocasião da reforma legislativa que alterou a redação do artigo 273 e que hoje muito pouco tem a originária proposta do doutrinador – o processo cautelar não abrange as medidas satisfativas, mas apenas as assecuratórias. Segundo esse doutrinador, tudo o que implicar em satisfação jamais poderá ser considerado como cautelar:

Conceituando a tutela cautelar, tivemos o cuidado de dizer que ela exerce a função de instrumento que assegura a realização dos direitos subjetivos. Assegura, porém não satisfaz o direito assegurado.

A contradição existente no sistema legislativo brasileiro é flagrante! De um lado, adotamos o modelo de um doutrinador que nega a existência de medidas satisfativas no processo cautelar (art. 273). De outra banda (Livro das Cautelares), temos um sistema edificado com base no pensamento que aceita as medidas satisfativas no bojo do processo cautelar. É óbvio, que não há a menor chance de o sistema desenvolver-se deste modo.

A tutela antecipada é fruto de reformas casuais que tanto tivemos nos últimos anos no Código de Processo Civil. Tentamos amenizar o problema da efetividade do processo. Todavia, não conseguimos, por uma simples e incontestável razão: o sistema continua exatamente o mesmo, com os anacronismos que o emperram!

Dessa feita, importante a necessidade de uniformizar o sistema da tutela antecipada do art. 273 e do art. 461 e 461-A, ambos do Código de Processo Civil.

4.2 Da flexibilização dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada

A antecipação de tutela foi inserida dentro de um sistema que rejeita os juízos de verossimilhança. Tal afirmação pode parecer contraditória em um primeiro momento. Todavia, o sistema apresenta traços muito claros, em que podemos identificar o receio do legislador aos juízos de verossimilhança. Trata-se de mais uma herança do paradigma racionalista que norteou a ciência moderna.

Em razão de toda a ideologia do processo estar amparada na busca de uma certeza – à qual nunca chegaremos ! – o caminho mais simples encontrado pelo legislador foi o de restringir a possibilidade de concessão de medidas antecipatórias. Com a inserção de requisitos típicos de juízos de certeza, tal intuito foi alcançado, a começar pela exigência de prova inequívoca. Ora, prova inequívoca, muitas vezes, inexistente em sede de juízo de certeza, o que se dirá em juízo de verossimilhança, como temos na tutela antecipada! Trata-se de requisito absolutamente contraditório com o outro dos requisitos: a verossimilhança.

Outro dos requisitos impostos no artigo 273 que dificulta enormemente a concessão da medida é o da “reversibilidade do provimento”. Inicialmente cabe salientar a imprecisão terminológica do dispositivo legal, já que todo provimento antecipatório é dotado de reversibilidade. É de se indagar, então, de qual reversibilidade está a tratar o dispositivo legal, de reversibilidade no plano fático, ou de reversibilidade no plano jurídico. Em se tratando de reversibilidade no plano fático, a simples impossibilidade de retornar-se as coisas ao *status quo* anterior já impediria a concessão da medida antecipatória. Em contrapartida, se estivermos diante da reversibilidade no plano jurídico, existirá a possibilidade de substituição do provimento antecipado pelo pagamento de perdas e danos.

O entendimento no sentido de que estamos diante de reversibilidade no plano fático, reafirma os pilares do anacrônico sistema processual civil, tendo em vista que, na

generalidade dos casos, a irreversibilidade se revela neste plano. Se assim o for, mais uma vez estamos bloqueando a medida, que nasceu para trazer celeridade ao sistema. Mais lógico e razoável é que entendamos a reversibilidade situada no plano jurídico, face à ampla possibilidade de aplicação da medida.

Com a flexibilização dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, conseguiremos recuperar, em parte, os juízos de verossimilhança, despertando-se para a superação da ideologia racionalista que sustenta o Direito Processual Civil.

Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA (2007, p.216), ao tratar do tema, leciona:

Mas as verdadeiras vantagens dessa vitória inicial haverão de refletir-se no novo conceito de jurisdição, agora imperativa e não mais meramente arbitral e privada como temos concebido e praticado sob o domínio secular do processo de conhecimento; haverá igualmente de impor a recuperação dos juízos de verossimilhança a que faz tímido aceno o art. 273 do CPC, em sua nova redação; provocando, finalmente, o despertar da ilusão racionalista, responsável pela tentativa de geometrização do Direito, livrando-o da servidão em que ele se encontra; acima de tudo, criando-se juízos democraticamente responsáveis – não, como agora, burocraticamente responsáveis, perante seus superiores hierárquicos – capazes de exercerem, em sua verdadeira transparência, uma jurisdição criadora do Direito, como ela necessariamente deverá sê-lo, de modo que o Poder Judiciário possa tornar-se o agente intermediário entre a lei e seus consumidores, como preconiza CAPPELLETTI.

Ao invés de impor-se requisitos rígidos para a concessão da tutela antecipada, tais requisitos devem ser reduzidos apenas a dois: perigo de dano irreparável e verossimilhança. A análise da extensão do perigo de dano irreparável, bem como da verossimilhança devem ficar a cargo do magistrado. Teremos, assim, o exercício de uma jurisdição criadora do direito e não repetidora de obsoleto texto legal.

4.3 A tutela cautelar como instrumento de realização de direitos

4.3.1 A função do processo cautelar

Nos termos do artigo 807 do CPC, o processo cautelar tem a finalidade precípua de proteger o processo principal. Essa consequência extrai-se da assertiva de que o processo cautelar dura enquanto durar o processo principal, ou seja, o processo cautelar seria, como referem alguns doutrinadores, o instrumento de outro instrumento.

Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA (2007, p.50) faz uma crítica severa à instrumentalidade do processo cautelar, sustentada por muitos doutrinadores:

Em geral, entende-se, a partir de CHIOVENDA, que a tutela cautelar não seja um direito da parte, e sim um 'direito do Estado' (Instituições, vol. I, n.82) em preservar o imperium iudicis, de modo que a seriedade e a eficiência da função jurisdicional não se transforme numa simples ilusão (CALAMANDREI, Introdutione....., p.144). Segundo estas premissas, a tutela cautelar desempenharia uma função de proteção do processo, e não do direito, caracterizando-se como instrumento do instrumento. Como depois dissera DINAMARCO, a tutela cautelar, além de representar um instrumento de proteção do processo, não vai ao direito material. Para essa doutrina, é fenômeno que nasce e morre com o processo principal, do qual é sempre acessório e dependente. Como temos mostrado, o sentido de instrumentalidade atribuído à tutela cautelar é um elemento conceitual imprestável para definir o que seja esta espécie de proteção jurisdicional. Em primeiro lugar, porque a utilização de alguma coisa como instrumento pressupõe uma atividade humana orientada para um fim. Em segundo lugar, como o demonstram inúmeros juristas (...) existe, na verdade, uma infundável cadeia de instrumento, sendo perfeitamente lícito dizer que todo direito de crédito é instrumento de que o credor se utiliza para conseguir a propriedade. Por outro lado (...) a relevância exagerada que essa doutrina empresta à função cautelar, obscurecendo o exame de seu aspecto estrutural, contribui para dilatar demasiadamente os limites conceituais da tutela cautelar, fazendo, como observou CALVOSA (La tutela cautelare, p.186-187), com que tudo o que tenha função instrumental passe a ser considerado cautelar, desde a penhora – cuja função instrumental não parece que se possa recusar – até a hipoteca judicial, e a sentença que decreta a falência, como expressamente o admitiu CALAMANDREI em conhecido estudo (La sentenza declarativa de quiebra.....).

Para Ovídio de Araújo BAPTISTA DA SILVA (2007, p.54), a tutela cautelar, portanto, protege o direito e não o processo:

Mas as medidas cautelares não são instrumentos dos instrumentos, como pretendia CALAMANDREI, e sim instrumentos jurisdicionais criados para a proteção de direitos. Mas esta constatação é simplesmente óbvia, pois não se diz constantemente que todo o processo civil serve de instrumento para a realização do direito material ? E não se haverá de pretender que todo o direito processual civil, por ser instrumento, seja cautelar.

Ora, não se trata de mera ação, mas de uma medida para resguardar, assegurar, proteger não apenas um outro processo já em andamento ou futuro, mas uma situação real e concreta que, evidentemente, deve estar gerando prejuízos ou se encontra na iminência de gerá-los em detrimento a uma das partes. É evidente que a situação de dano ou de perigo de dano sempre vai existir para um dos lados, e sempre as partes tentarão provar que estão sendo lesadas no plano concreto. Será, então, amparado aquele que conseguir demonstrar a existência da plausibilidade do direito que alega ser titular e o perigo de dano, e isso – parece inequívoco – acontece no plano da realidade concreta e não está restrito ao imaginário do processo.

Ao estabelecer-se o diálogo do processo com o mundo da vida, conclui-se novamente pela insuficiência do direito processual civil para a tutela e efetividade de direitos. Logo, imperiosa é a alteração legislativa dos artigos 807 e 808 do Código de Processo Civil, de modo que o provimento cautelar conserve a sua eficácia no tempo enquanto perdurar a situação de perigo.

4.3.2 A instituição de apenas medidas cautelares inominadas no sistema legislativo: a revogação de todas as medidas cautelares nominadas

A sociedade contemporânea tem exigido do direito processual um mínimo de eficiência da tutela jurisdicional.

As medidas cautelares nominadas previstas no sistema processual civil em vigor em nada contribuem com a efetividade do processo. Trata-se de medidas que, em sua grande maioria, estão inspiradas em modelos anacrônicos de processo, há muito ultrapassado (tal como o arresto, que foi trazido pelo direito lusitano, que há muito já alterou sua concepção) ou que não se configuram como tipicamente cautelares (tal como o atentado, que se caracteriza como típica medida satisfativa).

Pode-se dizer que todas as cautelares nominadas apresentam inúmeros problemas quanto à sua aplicabilidade. Todavia, impossível seria declinar, na presente pesquisa, do problema que cada uma delas apresenta (escaparia inclusive do objetivo central do presente trabalho). Apenas a título de exemplificação, serão apontados alguns problemas do arresto.

O vigente Código de Processo Civil condiciona a concessão do arresto à prova de liquidez e certeza do crédito, previstos no artigo 814, além das causas indicadas no artigo 813. A consequência da conjugação dessas duas disposições é tornar o arresto letra morta, face às exigências impostas nesses dispositivos. Quando confrontados com os artigos do Código de Processo Civil, em que o legislador promete tutela cautelar ampla e genérica para todos os casos em que se demonstrem os pressupostos clássicos legitimadores da tutela cautelar – *periculum in mora* e *fumus boni juris* – com os artigos 813 e 814, observa-se a profunda contradição entre os princípios adotados na legislação processual em vigor. De um lado, temos uma tutela cautelar ampla e, de outro, incompreensíveis restrições relativamente ao arresto.

As medidas cautelares nominadas não têm razão de existir, face à tutela cautelar ampla e genérica. Francesco CARNELUTTI (1971, p.412), ao tratar do tema, refere expressamente que:

Parece-me que os recentes estudos a respeito do processo cautelar prepararam o terreno para uma reforma da lei em vigor, que deveria ser resolvida numa decidida simplificação no sentido da formulação de uma norma genérica, mais ampla e correta que a contida no art. 700, e que confere ao juiz o poder de emitir medidas cautelares, tanto de inibição ou de restituição, quanto de antecipação, adaptando-se – conforme seu prudente arbítrio – às características dos casos singulares.

Em que pese discordarmos da posição CARNELUTTIANA de inclusão dos provimentos antecipatórios no bojo do processo cautelar, tem inteira razão o doutrinador italiano quando se refere à elaboração de uma regra genérica em matéria de tutela cautelar. Esse posicionamento poderia ser tranquilamente adotado no Direito brasileiro, face à previsão do artigo 798 do Código de Processo Civil:

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

Assim, poderiam ser revogados todos os procedimentos cautelares específicos – previstos nos artigos 813 a 889 – que apenas causam tumulto ao sistema. Neste aspecto, frisa-se a equivocada posição do Ministro Teori Albino ZAVASCKI (1997, p.70), que afirma:

Quanto ao processo cautelar, é visível a perda de seu espaço no sistema de processo, operada pelo art. 273 do Código de Processo Civil. Notadamente no que diz com as chamadas ações cautelares inominadas previstas no artigo 798 do Código, instrumento que servia, até a reforma de 1994, para obter qualquer medida de tutela de urgência não prevista expressamente no Livro III, Capítulo II (Dos Procedimentos Cautelares Específicos), sua utilização, agora, estará imensamente reduzida, eis que as medidas provisórias adequadas a que se refere o citado dispositivo tem, geralmente, natureza antecipatória, estando sujeitas, assim, não mais ao regime da ação autônoma previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil, podendo ser obtidas no próprio processo de conhecimento.

Prossegue ainda o doutrinador:

Essa canalização, para dentro do processo de conhecimento, do poder geral de cautela era recomendado por importante corrente da doutrina, preocupada com a artificialidade que se criara, especialmente quanto às chamadas cautelares satisfativas, de natureza tipicamente antecipatória, até então obtida por ação cautelar autônoma, que, na prática, era processada e julgada em conjunto com a ação principal. Galeno LACERDA, por exemplo, escrevendo antes da reforma sobre "Função e processo cautelar – revisão crítica" (Ajuris, n.56, p.5-13), advertia para a desnecessidade de separação, na maioria das vezes, das funções de conhecimento e cautelar, sustentando que a função cautelar não pode figurar em livro à parte sob forma de ação e procedimentos próprios quando, na verdade, ela pode efetivar-se mediante simples ato judicial direto, mesmo de ofício, em todo e qualquer procedimento, seja de cognição, de execução, especial ou voluntário, regulado pelo Código ou por lei extravagante (p.10)... Por que o farisaísmo de um processo inútil e dispendioso, apenso aos autos da ação principal, quando a mesma liminar poderia ser, desde logo, obtida, se solicitada com a inicial da referida ação?

Ao que parece, Teori Albino ZAVASCKI, amparado na doutrina de Galeno LACERDA, sugere que as ações cautelares inominadas teriam sido abrangidas pelo artigo 273 do Código de Processo Civil. Assim, não haveria razão de ser para a existência do artigo 798, que seria uma espécie de letra morta no sistema.

A confusão entre o que vem a ser tutela cautelar e tutela antecipada é flagrante. Não há que se confundir ambas. A tutela cautelar tem por finalidade assegurar o direito da parte, sem jamais implicar em satisfação. Na tutela antecipada, ao contrário, há antecipação dos efeitos da sentença final (antecipa-se o mérito), com a conseqüente satisfação.

Assim, ao que parece referir Teori Albino ZAVASCKI, o artigo 798 deve ser mantido – mais do que nunca ! – na legislação processual civil brasileira. O que deve ser expurgado do sistema são as ações cautelares nominadas, anacrônicas, que configuram em muitos casos, tipicamente medidas de natureza antecipatória.

CONCLUSÃO

Após os fundamentos acima alinhados em relação ao estudo das medidas de urgência como forma de obtenção de um processo temporalmente justo, foi possível depreender as seguintes conclusões:

1. A função jurisdicional constitui contrapartida à proibição da autotutela. Por intermédio dela, o juiz aplica o direito material ao caso concreto.
2. A jurisdição, que tem como característica a inércia (CPC, arts. 2º e 262), é provocada pelo exercício do direito de ação (CF, art. 5º, XXXV), e atua valendo-se do processo.
3. O processo judicial representa um instrumento de aplicação prática do direito material. Logo, é imperiosa a aproximação das normas processuais e materiais com intuito de otimizar a entrega da tutela jurisdicional.
4. Os institutos processuais reclamam ser estudados sob o prisma da instrumentalidade do processo. Vale dizer, como o processo representa um instrumento a serviço do direito material, seus institutos devem contribuir para a realização efetiva desse papel.
5. Segundo o inc. XXXV do art. 5º da CF, o processo deve garantir ao jurisdicionado o acesso à ordem jurídica justa e, em prazo razoável.
6. Como cediço, alguns direitos não podem aguardar a realização prática do direito após o exaurimento da cognição. Basta pensar nos direitos da personalidade.
7. Se a técnica judicial embasada em cognição exauriente é inadequada a tutelar certos direitos e se a Constituição Federal reclama uma tutela oferecida em prazo razoável,

é necessária a inserção de mecanismos que possibilitem ao magistrado decidir com lastro em cognição sumária.

8. Seguindo essa linha de raciocínio, o legislador inseriu na legislação processual civil mecanismos que autorizam ao magistrado realizar o direito material com arrimo na probabilidade da existência desse direito.
9. Essa técnica decisória pode ser definitiva ou provisória. A sentença de procedência proferida no âmbito do julgamento antecipado da lide em caso de revelia constitui uma técnica de cognição sumária cujo provimento é definitivo (CPC, art.330, II).
10. A antecipação dos efeitos da tutela e a tutela cautelar, sejam elas típicas ou atípicas, são técnicas de cognição sumária cujo provimento reclama um outro que lhe confirme. Logo, são provisórias.
11. Alusivamente à antecipação de tutela, os ideais de um Estado liberal dificultaram a inserção de tal técnica no ordenamento jurídico pátrio. Tendo em vista a filosofia da mínima intervenção, segundo o pensamento desse modelo estatal, o juiz só será autorizado a interferir no mundo fático com base em segurança jurídica.
12. A tutela antecipada, bem como a técnica das tutelas da obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A), representam uma quebra no paradigma liberal do processo na medida em que autorizam a intromissão estatal no seio social com base em mero juízo de probabilidade.
13. As tutelas de urgência (antecipada e cautelar) possuem berço constitucional. Por meio delas, garante-se a concessão de uma prestação jurisdicional em prazo razoável.
14. A prestação jurisdicional, em prazo razoável, representa uma manifestação do devido processo legal. Contudo, o devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da

CF, também garante às partes o direito a intromissão estatal após garantido o contraditório e a ampla defesa. Assim, fica claro um conflito de princípios constitucionais.

15. As tutelas de urgência constituem mecanismos efetivos para diminuir os males do tempo no processo.
16. A tutela antecipada guarda semelhanças com a tutela cautelar. Ambas tem o escopo de garantir a realização prática do direito material, isto é, gerar efetividade (CF, art. 5º, XXXV). Além disso, tanto as medidas cautelares como as antecipadas tem como características a sumariedade e a provisoriedade.
17. O ordenamento processual pátrio, em que pesem as semelhanças elencadas, tratou a tutela antecipada de forma diferenciada da tutela cautelar. Enquanto a antecipação dos efeitos da tutela realiza, na prática, o direito material controvertido, a tutela cautelar tem o objetivo de assegurar a futura realização.
18. Os efeitos práticos oriundos da decisão que antecipa os efeitos da tutela devem coincidir com os efeitos da tutela final, fenômeno não observado na seara da tutela cautelar.
19. Os pressupostos de concessão da tutela antecipada legitimam a atuação da função jurisdicional na esfera jurídica da parte com lastro apenas em cognição sumária.
20. A tutela antecipada pode ser concedida em qualquer fase do procedimento, inclusive na sentença.
21. No âmbito do Direito Civil, os bens e as obrigações fungíveis podem ser substituídos uns pelos outros, sem que com isso exista prejuízo. Logo, a fungibilidade traz a ideia de substitutividade e de inespecificação.

22. O Direito Processual Civil autoriza a aplicação do princípio da fungibilidade em vários campos. Desta forma, aplica-se a fungibilidade no âmbito das tutelas possessórias, dos recursos cíveis, da tutela das obrigações de fazer e não fazer, do processo cautelar e agora entre as tutelas de urgência.
23. Em relação à aplicação do princípio da fungibilidade no âmbito das tutelas de urgência, o Código de Processo Civil positivou o instituto no § 7º do art. 273.
24. A doutrina, contudo, diverge quanto à motivação da inserção da fungibilidade entre as tutelas de urgência no ordenamento jurídico. Se, por um lado, sustenta-se que a fungibilidade veio a lume em razão da nítida diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipada; por outro, afirma que o § 7º do art. 273 reflete uma tendência bem nítida de aproximação dos institutos.
25. O texto legal consagra expressamente a chamada fungibilidade em mão única. Em outros termos, o juiz concede uma medida cautelar partindo de um requerimento de tutela antecipada no processo de conhecimento. Urge aceitar, contudo, a intitulada fungibilidade em mão dupla, isto é, a concessão de tutela antecipada quando requerida nos autos de uma ação cautelar, presentes os pressupostos.
26. Na hipótese de concessão de tutela antecipada nos autos da ação cautelar (fungibilidade em mão dupla), o juiz deve aplicar as disposições do procedimento cautelar comum, conforme dispõe o Livro III do Código de Processo Civil.
27. Ademais, tendo em vista a necessidade de prestar uma tutela jurisdicional realmente efetiva, a fungibilidade estampada no § 7º do art. 273 do CPC deve contemplar outras variantes.
28. Na sociedade pós-moderna, o Direito Processual Civil não pode conviver com procedimentos que demandem longa duração, devendo adaptar-se às condições atuais da sociedade, observando princípios éticos e morais.

29. Logo, a tutela de urgência é um dos instrumentos mais eficazes para a efetivação do Direito na sociedade contemporânea. E, da forma como se encontra em nosso Código de Processo Civil, ela é insuficiente para resolver os problemas da sociedade contemporânea num espaço de tempo razoável.

O homem que decide por parar e esperar que as coisas melhorem, verificará, mais tarde, que aquele que não parou e colaborou com o tempo estará tão mais adiante que jamais poderá ser alcançado!

Rudyard Kipling

De igual maneira podemos pensar que se passada a oportunidade para que se faça a Justiça, diante da agressão a um direito e em razão da legítima necessidade de sua imediata reparação, caso assim não se proceda, poderá estar tão distanciada de seu mais necessitado destinatário, que jamais poderá ser, verdadeiramente, realizada!

Antonio Nunes Barbosa Filho

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. **Modernidade e Direito**. Revista Ciências Sociais, volume 03, número 02, Rio de Janeiro, 1997.

ADORNO, Theodor W. **Dialética negativa**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. **Adorno Vida e Obra – Conceito de Iluminismo**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ALMEIDA, Dayse. **Relação de Trabalho: Fundamentos Interpretativos para a Nova Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2004.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim. **Nova reforma processual civil comentada**. 2 ed. São Paulo: Método, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1974.

_____. **Notas sobre o problema da efetividade do processo**. Revista Brasileira de Direito Processual: Belo Horizonte, 1986.

BECK, Ulrich. **Sociedade do Risco – Rumo a uma outra modernidade**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Tradução da edição italiana de 1936 por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CALMON DE PASSOS, J.J. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. X, Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

CAPELLA, Juan Ramon. **Una nueva cultura, babélica, presencia el enfrentamiento de tendencias contrarias**. Madrid: Trotta, 1997.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. São Paulo: Forense, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Arte do Direito**. São Paulo: Editora Pillares, 1971.

CARPI, Frederico. **È sempre tempo di riforme urgenti del processo civile**. Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile. Milano, 1989.

CHACON FUERTES, P. **Bérgson: El tiempo del espíritu**. Madrid, 1988.

CHESNEAUX, Jean. **Modernidade-Mundo**. Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

CIPRIANI, Franco. **Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie**. Bari, 2006.

DASTUR, F. **Heidegger e a questão do tempo**. Tradução João Vaz. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

DESCARTES, René. **Discurso do método e as paixões da alma**. Lisboa: Sá Costa, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Anual de Direito Processual Civil - Vol. 01**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DUGRIP, O. **L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives**. Paris: 1991.

FUX, Luiz. **Processo e Constituição**. São Paulo: RT, 2008.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. **Interpretação Criativa e Realização do Direito**. Recife: Edições Bagaço, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** – entre factividade e validade, volume 01. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Dialética e Hermenêutica**. Traduzido por Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: LP&M, 1987.

HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit (Ser e o Tempo)**. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

JESTAZ, P. **L'urgence et les princvipes classiques du Droit Civil**. Paris: 1968, p.08.

KANT, E. **Critique de La Rasion Pure**. Paris: PUF, 1967, p.55.

LEIPOLD, D. **Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil**. München: 1971.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas Preventivas**. Lisboa: Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

LYOTARD, Jean François. **A condição pós moderna**. Lisboa: Gradiva, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Antecipação de Tutela**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2002.

MARRAMAO, Giacomo. **Poder e secularização – as categorias do tempo**. Traduzido por Guilherme A. G. de Andrade. São Paulo: UNESP, 1995.

MESQUITA, Eduardo. **O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência**. Curitiba: Juruá, 2002.

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

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional – Desafios do Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Maxlimonad, 2002.

NETO, Marcos Beltrão Pereira. **O real alcance da fungibilidade das tutelas emergenciais**. Disponível em: [www.tjpe.jus.br/cej/PaginaPrincipal?artigos/arquivos/FUNGIBILIDADE DAS TUTELASOFICIAL.DOC](http://www.tjpe.jus.br/cej/PaginaPrincipal?artigos/arquivos/FUNGIBILIDADE_DAS_TUTELASOFICIAL.DOC), acesso em 20/02/2010.

NEVES, Antonio Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983.

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial**. Lisboa: Coimbra, 2000.

ROBLES, Gregório. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madrid: Editorial Civitas S/A, 1995.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica**. 2.ed. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2003.

ROUANET, Sérgio. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**, Livro XI, capítulo XIII, tradução de A. do Espírito Santo/J. Beato/ M.C. de C. M. de Sousa Pimentel. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2001, p. 298.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva**. Revista AJURIS n. 72.

_____. **Curso de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Curso de Processo Civil**. Vol 02. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de Processo Civil**. Vol. 03. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Crise moderna e racionalidade argumentativa no Direito: o modelo de Aulis Aarnio**. Disponível na Internet em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 12.11.2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. Traduzido por Elia Ferreira Edel. 3.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

VERÍSSIMO, Dijonilson. **A fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência**. Disponível em: www.mp.rn.gov.br/bibliotecapgj/artigos/artigo12.pdf, acesso em 20/02/2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas diferentes. Função Constitucional Semelhante**. Revista de Processo n. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.