

OS DIVERSOS TIPOS DE TUTELA ANTECIPADA

Alcides Munhoz da Cunha*

Sumário: 1. A revolução no processo civil reformado; 2. Tutela e tutelas; 3. Tutela antecipada e tutelas antecipadas; 4. Ordinização, sumarização e cautela: a tutela dos direitos certos, presumidos e apenas aparentes (*fumus*); 5. A antecipação da tutela de cognição exauriente: certeza jurídica; 6. A antecipação da tutela de cognição sumária não cautelar: a presunção de certeza jurídica; 7. A antecipação da tutela cautelar (cognição sumária cautelar): a tutela do *fumus boni iuris*.

1. A revolução no processo civil reformado

O Código de Processo Civil de 1973 representou um marco na ciência do direito processual civil. Produziu com fidelidade e apuro técnico um sistema recomendado pela dogmática, segundo o pensamento de Liebman e a inspiração de Busaid. Pode-se até mesmo dizer que o Código de Processo Civil de 1973 é o monumento normativo mais autêntico da dogmática tradicional.

Todavia, o Código já nasceu velho. Nasceu comprometido com um Processo de Conhecimento padrão, ou seja, um modelo

* *Professor Doutor de Processo Civil — UFPR*

individualista, de cognição exauriente, que não se compadecia com a inserção de liminares, porque estava vocacionado exclusivamente a certificar direito, ou seja, definir direitos com declaração de certeza jurídica.

E já nasceu velho o CPC porque nos anos 70 deste século já se esboçavam e se dinamizavam as transformações sociais caracterizadoras de uma sociedade de massas, que em face do progressivo desenvolvimento dos meios de comunicação e dos meios de transporte passou a interagir intensamente, tomando consciência do fenômeno coletivo, da globalização, da titularidade substancial de direitos e novos direitos, instando o Estado providencialista a assegurar uma tutela jurisdicional mais adequada, mais rápida, mais efetiva e mais abrangente para a solução dos crescentes, inovadores e multifários conflitos que se amontoavam em demandas pelo procedimento ordinário ou comum do processo de conhecimento, perante os órgãos judiciários insuficientes e precariamente estruturados.¹

Como anotou Sálvio de Figueiredo Teixeira, o Código de Processo Civil de 1973 nasceu como um “código de gabinete”, distante da realidade forense, não tendo havido a preocupação, na época de sua elaboração, com a efetividade do processo.²

A excessiva ordinarização do processo civil veio a bater de frente com o fenômeno que Fritz Baur qualificou como a “necessidade exacerbada de segurança” que é peculiar à sociedade

-
- 1 “Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos os direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico de todos os direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 10 a 12).
 - 2 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça*, *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 887 e 888.

moderna,³ o que culminou por provocar a expansão prodigiosa do processo cautelar e a motivar a reforma do CPC, notadamente a partir de 1994, sob o influxo do movimento instrumentalista, encabeçado por Cappelletti.

Luiz Guilherme Marinoni, discorrendo sobre a crise do processo de condenação, disse certa feita: “Em um determinado momento o processualista acordou e percebeu que a justiça civil era elitista – porque estava afastada da grande maioria da população, que por várias razões evitava recorrer ao Judiciário – e inefetiva, já que não cumpria aquilo que prometia, principalmente em virtude de sua lentidão”.⁴

Realmente o processualista acordou, porque tomou consciência, como disse Dinamarco, da grande necessidade de optar por um método teleológico, em que *os resultados valem mais do que os conceitos* e estruturas internas do sistema, em que a *hermenêutica deve ser encarada com propostas de interpretação da lei substancial segundo critérios finalísticos e axiológicos*; porque se apercebeu que o bom processo é somente aquele que seja capaz de oferecer justiça efetiva ao maior número de pessoas; porque o processualista moderno sabe que muito menos vale a formal satisfação do direito de ação do que a substancial ajuda que o sistema possa oferecer às pessoas; porque o processualista, seguindo a orientação de Mauro Cappelletti, mudou de perspectiva, enfocando o sistema processual a partir da *ótica dos consumidores dos serviços jurisdicionais*, não mais pela ótica dos seus produtores, transformando-se assim em um verdadeiro crítico da dinâmica dos direitos.⁵

Este novo modo de pensar, compreender e aplicar o direito corresponde à fase instrumentalista do processo, da efetividade do direito processual, que vem sendo marcada pelas chamadas ondas renovatórias, como a onda do acesso à justiça e a onda do

3 BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 15.

4 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19.

5 DINAMARCO, Cândido R. *Nasce um novo processo civil, Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 2 e 3.

reconhecimento dos direitos individuais e da tutela coletiva, a par do movimento da reforma do Poder Judiciário.

As alterações do CPC se inserem no âmbito destas ondas renovatórias, valendo notar que o movimento reformista não se esgotou, tanto que ainda existem anteprojetos e projetos em estudos e em tramitação.

Conquanto se cuide de minirreformas ou de reformas setoriais no Código ainda vigente, o fato é que essas se apresentam mais significativas pelo aspecto ideológico que as acompanha⁶ do que o novo modelo processual trazido pelo Código de Processo Civil de 1973 em relação ao Código de 1939. Comparando esses textos pela perspectiva de inauguração do terceiro milênio, “vê-se que o Código de 1973 não alterou substancialmente o modelo processual existente, muito embora tivesse revestindo de melhor aspecto estético alguns institutos, aperfeiçoando outros e, sem dúvida, introduzindo alguns progressos substanciais”.⁷ Já as reformas operadas no mesmo Código, a partir de 1992, encerram o compromisso instrumentalista, inclusive o compromisso da própria magistratura que vem apoiando esta nova onda renovatória, afinada com a efetividade dos resultados, com a real utilidade de uma resposta jurisdicional que deve ser ágil no tempo e adequada

-
- 6 OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em seu estudo intitulado *O processo civil e sua recente reforma. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, obra coletiva, coord. TERESA ARRUDA ALVIM. WAMBIER, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 413 a 430) enfatiza a elevada significação do aspecto político que vem inspirando as reformas, donde as tendências de se substituir progressivamente a ordinariade pelo processo interdital, por meio de liminares e sentenças mandamentais ou executivas, inclusive com base em verossimilhança, anotando que estas inspirações se miram na face verdadeiramente pública, estatal, da jurisdição, que vai deixando de ser encarada como uma função neutra, essencialmente declaratória de direitos e reguladora da luta privada entre litigantes, para assumir em sua inteireza a *estatalidade*, o compromisso com a aplicação do direito ético, que se compraz inteiramente com os juízos de verossimilhança, diante da perspectiva, já consagrada pela hermenêutica contemporânea, de que nenhuma lei poderá ter sentido unívoco.
- 7 DINAMARCO, Cândido R. *A reforma do Código de Processo Civil*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 21 a 23.

em substância às pretensões de direito material.⁸ “A postura da neutralidade deve ser substituída pela postura da aplicação ética do direito”.⁹ Afinal, como há muito tempo vem enfatizando Calmon de Passos, “cometemos um grave erro contra o próprio homem quando nos detemos na compreensão normativa do fato social e chamamos a esse esforço intelectual de direito, quando ele está em verdade no resultado final e fático da operação”. E é ainda o ilustre processualista da Bahia quem arremata: “Toda atividade dogmática intermediária é mero instrumento a serviço da vida e a serviço dos homens, nunca a serviço de categorias, silogismos, esquemas, conceitos. Quanto mais próximos dos homens, mais juristas somos. Quanto mais próximos da lógica, das categorias e dos conceitos, mais rábulas somos nós, se não somos menos que isso”.¹⁰

2. Tutela e tutelas

A dogmática difundiu uns modelos rígidos de ações e processos, cujos conceitos e classificações distanciavam-se o máximo possível de elementos ou valores de direito material, como se fosse possível considerar a eficiência do instrumento sem levar em conta os interesses materiais instrumentalizados.

8 “Depois de longo tempo caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo direito processual. Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo o que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência. Parece imprescindível, pois, o retorno ao interior do sistema processual, com o objetivo de rever conceitos e princípios, adequando-os à nova visão desse ramo da ciência jurídica. É preciso *revisitar* os institutos processuais, todos concebidos segundo a visão autonomista ou conceitual da ciência processual, a fim de conferir a eles nova feição, a partir das necessidades identificadas na fase instrumentalista” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14 e 15).

9 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 21 a 23.

10 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, tomo I, p. 16 e 17.

Fugindo dos tecnicismos da dogmática, os processualistas reformistas passaram a difundir cada vez mais a expressão tutela, para designar os mais variados tipos ou métodos de atuação do direito nas vias jurisdicionais.¹¹

Com efeito, a expressão *tutela* apresenta-se mais afinada com a fase da *instrumentalidade do processo*, que vem temperando e atenuando progressivamente os rigores do dogmatismo, para admitir e enfatizar a importância de modelos diversificados de atuação jurisdicional, isto é, de tutelas diferenciadas, que se compeçam com a multiplicidade procedimental, ou seja, com a combinação de técnicas cognitivas, ordinárias ou sumárias, de técnicas executivas e cautelares no mesmo organismo processual, prevendo e adotando-se novas formas de contraditório e de atividade executiva pós-sentencial, com vistas a atingir o ideal de efetividade do processo no menor tempo possível, sem desprezar o princípio basilar da ampla defesa.

Sob essa nova ótica é que se fala em tutela ordinarizada e tutela diferenciada, tutela antecipatória ou tutela antecipada, em tutela cautelar ou em tutela de urgência, em tutela sumária cautelar e em tutela sumária não cautelar, em tutela injuncional e tutela monitoria, tutela da evidência e tutela da aparência, tutela de direitos e tutela de interesses etc., pois a expressão tutela é absolutamente neutra e se presta a designar às mais variadas situações do processo com o variar dos seus adjetivos ou complementos.

11 PROTO PISANI, visualizando o processo civil como a contrapartida que o Estado deve oferecer aos cidadãos diante da proibição da autotutela, sempre enfatizou que esta contrapartida deve-se traduzir na predisposição de meios diferenciados e adequados às necessidades de tutela em particulares situações de conflito (*I rapporti fra diritto sostanziale e processo, Appunti sulla giustizia civile*, p. 42); que “*non esiste un unico processo che offra una unica forma di tutela per tutte le situazioni di vantaggio, ma esistono invece una pluralità di processi ed una pluralità di forme di tutela giurisdizionale; la diversità di questi processi e di queste forme di tutela, e delle loro variegate combinazioni, riflettono la diversità dei bisogni di tutela delle situazioni di vantaggio [...] perché sia assicurata la tutela giurisdizionale di una determinata situazione di vantaggio non basta, non è sufficiente, che a livello di diritto processuale sia predisposto un procedimento quale che sia, ma è necessario che il titolare della situazione de vantaggio violata (o di cui si minaccia da violazione) possa utilizzare un procedimento strutturato in modo tale da potergli fornire una tutela effettiva e non meramente formale o astratta del suo diritto*” (p. 11). BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 116.

3. Tutela antecipada e tutelas antecipadas

Com as reformas surgiram novas técnicas de antecipação da tutela. As inovações contidas nos artigos 273 e 461 provocaram, indubitavelmente, uma quebra da estrutura do Código, promovendo a relativização da ordinariedade do Processo de Conhecimento do Livro I. Permitiu-se que no curso do processo cognitivo ordinário e, conseqüentemente, em qualquer outro procedimento (artigos 271 e 272 do CPC) ocorresse a incoação de provimentos interinais, antecipando efeitos conservativos ou satisfativos dos interesses em lide, em situações diversas, *motivadas ora pelo perigo de dano irreparável, ora pelo abuso de defesa ou intuito protelatório do réu (incisos I e II do artigo 273)*.

Ora, essa diversidade de fundamento das antecipações não é apenas indicativa de que pode ocorrer antecipação de tutela em três situações distintas (perigo de dano irreparável, intuito protelatório do réu ou abuso de defesa), pois os fundamentos enunciados nos incisos I e II do art. 273 do CPC revelam, na verdade, que as antecipações têm natureza diversa, ou seja, há pelo menos três espécies de antecipações, cujos provimentos se submetem a regimes jurídicos diferentes, à luz da teoria geral do processo civil.¹²

Pode-se dizer que o novo artigo 273 é polivalente, pois além das antecipações de urgência, mediante provimentos cautelares, fundadas no *perigo de dano irreparável*, há a previsão de provimentos que definem direitos por antecipação por meio de uma técnica de presunção de certeza diante do intuito protelatório do réu. Esta a técnica da cognição sumária – não cautelar. E, finalmente, há a técnica de antecipar a própria declaração de direitos, ou seja,

12 O legislador foi hábil ao prever a relativização da ordinarização do processo de conhecimento. Ocorreu todavia uma imperfeição técnica no artigo 273, cujos parágrafos sugerem que as hipóteses dos incisos I e II, que prevêm a possibilidade de medidas interinais para antecipar efeitos relativamente aos interesses em conflito, submetem-se ao mesmo regime jurídico. Essa imperfeição de técnica legislativa não deve comprometer a genialidade das disposições, nem a sua aplicação (MUNHOZ DA CUNHA, Alcides, *in Comentários ao CPC*, vol. 11, ano 2000, Editora RT, p. 469).

de certificar direitos, antes do momento idealmente previsto para o término da cognição em dado processo, quando se está diante de uma situação de abuso de defesa. Isso porque a declaração de certeza se compadece com a ampla defesa, não se afeiçoando, porém, ao abuso de defesa.

4. Ordinarização, sumarização e cautela: a tutela dos direitos certos, presumidos e apenas aparentes (*fumus*)

Os provimentos do artigo 273 do CPC, como se disse, podem representar antecipações de diversas espécies: a) na hipótese de ser motivado o provimento por situação de perigo de dano irreparável, manifestar-se-á uma situação de tutela cautelar ou tutela de urgência, senão de tutela sumária (cautelar); b) na hipótese de ser motivado o provimento por uma situação de intuito protelatório do réu, o provimento corresponderá a uma manifestação de tutela sumária não cautelar; c) na hipótese de ser motivado o provimento por uma situação de abuso de defesa, ocorrerá manifestação de uma tutela declarativa, de cognição exauriente.

Há pois que se procurar assimilar a distinção entre estes diferentes tipos de tutela, que se submetem a regimes jurídicos diversos. É o maior grau ou menor grau de verossimilhança que se pode tecnicamente conferir a um provimento (*notio*) que irá definir a sua natureza e o seu regime jurídico.

Sabe-se que no plano fático, psicológico ou sociológico é praticamente impossível distinguir entre verdade e verossimilhança, ou seja, entre graus diferentes de certeza ou de probabilidade. Não obstante, no mundo jurídico, o direito processual dispõe de mecanismos para atribuir diferentes eficácias aos seus provimentos, que ora encerram certificação de verdade jurídica, ora presunção de verdade jurídica, ora mera verossimilhança ou *fumus boni iuris*.

5. A antecipação da tutela de cognição exauriente: certeza jurídica

O padrão de tutela é o da cognição, vocacionada a definir direitos nos casos concretos. No âmbito da cognição, o padrão é o da cognição exauriente, que possibilita a definição de direitos (*ius discere*) com certeza jurídica.

E há certeza jurídica no provimento de cognição exauriente, porque esta cognição pressupõe que o provimento é formado em procedimento cercado de garantias para propiciar o contraditório, tal como procedimento do Processo de Conhecimento, do Livro I, do CPC. Por isso, esses provimentos de cognição exauriente apresentam-se igualmente aptos a receber a eficácia da coisa julgada material, que torna imutáveis e irretratáveis os efeitos da certificação, impedindo revisão em qualquer outro processo.

Os provimentos de cognição exauriente normalmente encerram o ciclo da cognição em contraditório em dado processo. Ainda assim se poderá falar em antecipação, quando o legislador prevê uma técnica que permite acelerar a formação do provimento de cognição exauriente, em comparação ao *iter* mais longo que teria de ser seguido para a declaração de direitos, se não fosse a previsão da lei.

Nesse sentido é que se fala também em julgamento antecipado da lei, à luz do art. 330 do CPC, pois nesse caso se deve dispensar a fase instrutória (prevista para os demais casos), de modo a se antecipar desde logo a decisão, que sabidamente é de cognição exauriente.

Pois bem, quando o artigo 273, inciso II, admite produção antecipada de provimento em face de abuso de defesa, cogita também de provimento antecipado de cognição exauriente, pois o abuso de defesa é indicativo de que já houve contraditório suficiente para a declaração de direitos (ampla defesa) e que prolongar este contraditório seria incidir na situação odiosa de abuso.

O *abuso de defesa* é realmente indicativo de que se está diante de uma situação em que já se esgotou o ciclo da cognição exauriente sobre determinado objeto (pedido).

É o que pode ocorrer, *v.g.*, no curso da fase instrutória, quando se verifica que questão se tornou incontroversa, antes que se esgotasse a produção de todas as provas anteriormente admitidas.

É o que também se verifica, *v.g.*, quando, após a contestação ou no curso da instrução, verifica-se que parte do pedido ou um dos pedidos tornou-se incontroverso, o que propicia o julgamento parcial e antecipado da lide, por decisão interinal, ou seja, de uma sentença interlocutória como diria Ovídio Baptista da Silva.

O caráter de antecipação, no caso, deve ser encarado diante da possibilidade de se formar um provimento de cognição exauriente, sobre toda a lide ou parte da lide, antes do término inicialmente previsto para a fase instrutória.

6. A antecipação da tutela de cognição sumária não cautelar: a presunção de certeza jurídica

A cognição sumária de direitos, por sua vez, apresenta-se como uma variante da cognição ordinária e destina-se também a definir direitos subjetivos. Essa cognição sumária admite a produção de provimentos com subversão mais ou menos ampla do contraditório. Mas só pode ocorrer nas hipóteses expressamente previstas em lei, porque o padrão, no âmbito das tutelas primárias que tutelam direitos subjetivos, é o da cognição exauriente (ordinarização).

Para que possa ocorrer uma tutela de cognição sumária a regra é a da tipicidade, ou seja, da previsão legislativa autorizadora. Essa previsão há de ter como pressuposto indeclinável, como ensina Proto Pisani, uma situação que a experiência judiciária pode ter como favorável à produção do provimento antes de esgotado o ciclo normal da cognição exauriente. Os provimentos sumários, ao contrário dos provimentos de cognição exauriente, recebem apenas a eficácia da presunção de certeza do direito subjetivo tutelado. Para permitir essa presunção, o legislador prevê situações de sumarização, reportando-se a dados específi-

cos da lide, quando não se reportando a situações genéricas sobre a qualidade da prova ou sobre o comportamento do réu.¹³

Sob este enfoque percebe-se que se qualificam como provimentos sumários, não cautelares (porque estes têm por pressuposto o perigo de dano irreparável como se verá), as liminares nas ações possessórias de força nova ou nas ações de despejo, senão as liminares de busca e apreensão nas causas fundadas em contratos de alienação fiduciária. Pensa-se ainda, considerando que a técnica de sumarização pode se prender a critérios genéricos de natureza processual, na liminar antecipatória fundada no intuito protelatório do réu (art. 273, II), enquanto se entende que esse intuito se evidencia nas situações em que se constata a falta de seriedade da defesa, tal como também entende o direito processual alemão.

O motivo da existência das tutelas sumárias é o de acelerar a produção do provimento, em face da presença da situação favorável à sumarização prevista em lei. A motivação decorre do *periculum in mora* genericamente considerado, ou seja, visualizado apenas em tese, sob a perspectiva da eliminação de eventuais danos marginais se fosse observado o ciclo da cognição exauriente. Não se cogita do pressuposto ou da alegação de dano irreparável ou de difícil reparação, porque esse dano irreparável (que é uma qualificadora do *periculum in mora*) exige uma causa de pedir específica, que se reporta ao fato causador do dano irreparável e que pode surgir nas situações mais imprevisíveis. A alegação de dano irreparável importa na enunciação de uma outra lide, que

13 ANDREA PROTO PISANI indica as condições em que se pode admitir tutela de cognição sumária de direitos, anotando que se tratam de condições objetivas, que podem levar em conta o custo eventualmente desnecessário de um processo de cognição plena, o interesse em privilegiar direitos personalíssimos e ainda o interesse de evitar abuso de defesa, observando que não há margem para liberdade nessas antecipações, que encontram seus pressupostos predeterminados pela lei, de modo a não se constituir em uma variante de tutela que possa comprometer o princípio da igualdade entre as partes, não podendo constituir-se aleatoriamente, discricionariamente, em motivo de privilégio ou repressão aos direitos do autor ou do réu (*La tutela sommaria. Appunti sulla giustizia civile*, Bari: Cacucci, 1982, p. 314 a 317).

se compraz apenas com a tutela cautelar, ou que seja, tutela sumária cautelar, secundária, residual, como se verá.¹⁴

A lei, diante da imprescindível tipicidade, pode prever condições favoráveis para a produção de provimentos sumários interinais (não cautelares), que presumem a certeza do direito no caso concreto até que sobrevenha o provimento de cognição exauriente, eficaz, potencialmente definitivo no mesmo organismo processual sobre a mesma lide. São casos em que se pode dizer que, endo-processualmente, existe uma presunção de certeza relativa, porque no mesmo processo pode sobrevir o provimento de cognição exauriente eficaz, incidente sobre a mesma lide (v.g. liminares nas ações possessórias de força nova, nos embargos de terceiro, nas ações de despejo, de busca e apreensão em alienação fiduciária, enfim, em situações em que se prescinde da alegação de perigo de dano irreparável).

O *intuito protelatório do réu*, que se encontra na dicção do inciso II do art. 273, apresenta-se sem dúvida como um motivo processual, genérico, para a decisão interinal de cognição sumária, incidente sobre a mesma lide que ainda aspira, à luz do pedido imediato, ao juízo de declaração ou certificação do direito.

Por intuito protelatório do réu pode-se compreender, v.g., além de outras situações apontadas pela doutrina, a falta de seriedade da defesa, no todo ou em parte. Vale dizer, a despeito da defesa se reportar a fatos que não são totalmente incontroversos e que podem desencadear uma fase instrutória, ainda assim apresenta-se carente de credibilidade, autorizando a presunção de que o autor tem razão, antes de se consumir o ciclo da cognição exauriente.

14 “A locução *periculum in mora* não é incorreta, mas é ambígua. Na verdade a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de tutela imediata, poderia sofrer um dano irreparável [...] Como anotamos amplamente em trabalhos anteriores [...] o direito medieval que nos legou o conceito de *periculum in mora* jamais o empregou como sinônimo de tutela de segurança (cautelar), mas, ao contrário, sempre o reservou para os casos de execução provisória, valendo-se do conceito de dano irreparável quando a hipótese corresponde à tutela cautelar” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. 3, p. 42).

Nesse dado processual, pertinente ao intuito protelatório do réu, vislumbra-se, pois, uma carga de elementos suficientes e favoráveis à sumarização.

A satisfatividade ou antecipação fática dos efeitos do provimento que presume a existência do direito se dá na medida da presunção e deve perdurar, em face da previsão legal, até que surja o provimento cognitivo, não mais sujeito a recurso com efeito suspensivo.

Os provimentos sumários (não cautelares) definem direitos sem certificação positiva ou negativa de direitos. Por isso não podem encerrar declaração (pois não se constituem em respostas a pedidos imediatos de mera declaração ou declaração seguida de constituição ou condenação). Todavia, os provimentos de cognição sumária podem consistir em condenação sumária (constituir sumariamente título executivo judicial – *v.g.* o provimento monitório), em provimentos mandamentais ou executivos *lato sensu*.

7. A antecipação da tutela cautelar (cognição sumária cautelar): a tutela do *fumus boni iuris*

Para se entender a antecipação cautelar, antes de mais nada é preciso descartar o conceito absolutamente equivocado, insuficiente e estéril, de que a função cautelar se destina a proteger um processo ou um provimento não cautelar, cujo conceito vinhou enquanto a função cautelar, entendida como tutela de urgência, fundada no perigo de dano irreparável a interesses relevantes (*fumus*), não tinha quase aplicação, em face do caráter elitista e patrimonialista do processo civil, que se compadecia com a operacionalização de uma tutela reparatória.

Na verdade, o objeto da tutela cautelar, como já insinuava Chiovenda e como afirmaram categoricamente Ugo Rocco, Angelo Januzzi, Pontes de Miranda, Ovidio Baptista da Silva, Kazuo Watanabe, dentre outros, é o de atuar autonomamente sobre o *fumus boni iuris* em face do *periculum damnum irrepara-*

bile, pois o *fumus* é um interesse juridicamente protegido pelo ordenamento de forma autônoma.¹⁵

A tutela cautelar não se destina, pois, à definição de direitos subjetivos, primários, nem mesmo mediante cognição sumária (presunção), porque se dá fora das situações favoráveis, previstas ou tipificadas pelo legislador como suficientes para os fins da sumarização. A tutela cautelar pressupõe uma lide específica, na qual se pede (causa de pedir) tutela do *fumus*, enquanto *fumus* (não como direito presumido), em face de uma situação de perigo de dano irreparável, que freqüentemente se reporta a fatos estranhos à lide cognitiva.

Pede-se, *v.g.*, a liberação de valores que estão retidos ou em depósito, alegando que o interesse na liberação se apresenta como *fumus boni iuris* e que a necessidade da liberação se prende ao perigo de dano irreparável de não poder custear ou uma cirurgia, ou um curso superior em entidade privada, ou qualquer outro interesse vital periclitante. Não há necessária coincidência entre o *fumus* que deve ser atuado cautelarmente e o interesse periclitante que se quer preservar da lesão ou do agravamento da lesão.

A regra é a da atipicidade (poder geral de cautela ou de segurança), a despeito da experiência judiciária revelar algumas situações típicas (arresto, seqüestro, exibição). Outra característica é a da fungibilidade entre medidas conservativas ou antecipa-

15 OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA é o autor que mais se notabilizou pela defesa intransigente que faz de um processo cautelar verdadeiramente autônomo e que não guarda nota de acessoriedade com outro processo dito principal, visto que tem por pressupostos e por objeto uma situação de perigo em que o interesse que legitima a pretensão à segurança deve estar ligado a uma relação de direito material e tem por fundamento um direito substancial de cautela, com o que a função cautelar entra, sem dificuldades, na finalidade da jurisdição, que é a da tutela de direitos (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., vol. XI, Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1986, p. 79 a 81).

É ainda Ovídio quem chama crítica a posição da doutrina que se nega a rever o concatenamento para a os fundamentos da cautela: "A facilidade com que a doutrina repele a tese que sustenta a existência de um direito material à segurança, procurando sempre comprometê-la com as teorias defendidas por WACH e ALLORIO, sugere que esses dois escritores hajam amaldiçoado o tema, de modo que a simples alusão a essa suposta origem espúria de tal ponto de vista bastasse para condená-lo, definitivamente, à rejeição pura e simples" (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 64).

tórias, pois caberá ao juiz decretar as medidas adequadas à espécie, como já se insere do artigo 798 do CPC. Não se pode suprimir da cautelaridade a possibilidade de decretação de medidas satisfativas do interesse qualificado como *fumus* e até mesmo de modo irreversível, em face das situações de perigo de dano irreparável, como a emissão de passaporte para que o autor possa doar o rim a um filho que se encontra hospitalizado no exterior e que deverá ser submetido a um transplante. Além do mais, a medida cautelar, seja conservativa ou antecipatória, dar-se-á na medida da necessidade de cautela e não da presunção, pois se trata de tutela residual, subsidiária, que visa a suprimir as deficiências das tutelas normativas primárias (cognitiva, notadamente).

Além da fungibilidade, caracterizam-se os provimentos cautelares pela variabilidade, porque, inexistindo presunção de direitos, o conteúdo dos provimentos pode variar consoante variam as condições de *fumus* e de *periculum*. Um provimento conservativo, tal como a caução, pode transmudar-se em um provimento antecipatório (suspensão do contrato) na causa em que se discute sobre a validade do contrato e os perigos de danos irreparáveis que pode causar.