

TUTELA DE URGÊNCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO*

José Carlos Barbosa Moreira

Professor da Faculdade de Direito da UERJ

Desembargador (aposentado) do TJRJ

1. Numa época em que se torna cada vez mais célere, para não dizer vertiginoso, o ritmo das atividades humanas, assume particular gravidade o problema do tempo necessário à realização do processo. A esta altura, já ninguém alimenta a ilusória esperança de que se logre construir mecanismo de aplicabilidade geral, tão ágil que reduza em qualquer caso a poucos minutos, a poucas horas, ou mesmo a poucos dias, a duração de qualquer pleito judicial. Ainda que isso fosse possível, acrescente-se, o prodígio não tardaria a mostrar-se efêmero: conforme bem observou autor norte-americano, comparando a construção do sistema judicial à de uma estrada, é fora de dúvida que, quanto melhor for esta, maior será o tráfego¹ — e em breve se farão sentir os efeitos perniciosos do desgaste.

No entanto — passe o truísmo — não são raras as hipóteses em que a inevitável demora da prestação jurisdicional é capaz simplesmente de inviabilizar, pelo menos do ponto de vista prático, a proteção do direito postulado, por mais certo que se afigure. Seria obviamente muito difícil apresentar tipologia que abrangesse a totalidade das variadíssimas situações enquadráveis nessa moldura. Contudo, para amarrar o fio condutor de um tratamento sistemático da matéria, parece útil apontar três tipos básicos, de características bem definidas.²

* Texto de conferência pronunciada em 26.6.2003, em Campinas (com o acréscimo de notas).

¹ A citação é de NEELY, *Why Courts Don't Work*, Nova Iorque, 1983, pág. 58, e foi colhida em MC CORMICK, *Canada's Courts*, Toronto, 1994, pág. 44.

² Dentre as tentativas de sistematização encontráveis na literatura processual, parece-nos especialmente interessante a de PROTO PISANI, *La tutela sommaria*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, págs. 313 e segs.; na doutrina nacional, vide sobretudo JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, 3.ª ed., S. Paulo, 2003, págs. 102 e segs., e LUIZ GUILHERME MARINONI, *A antecipação da tutela*, 7.ª ed., S. Paulo, 2002, págs. 31 e segs. De todos esses trabalhos recolhemos elementos úteis, embora sem nos atermos — inclusive pela necessidade, aqui, de uma abordagem muito mais sintética — às respectivas propostas.

Em primeiro lugar, a urgência pode ligar-se ao risco de que desapareçam, antes do momento em que normalmente se viria a lançar mão deles, elementos necessários à efetividade do processo, instaurado ou por instaurar, no qual se pleiteie a tutela do direito. Por exemplo: a demonstração do fato constitutivo talvez dependa do depoimento de terceiro, cujo estado de saúde justifica o receio de que não permaneça vivo na ocasião em que, noutras circunstâncias, seria ouvido como testemunha.

Os outros casos são de urgência relacionada com a própria natureza ou função essencial do direito invocado. Aqui, a noção primacial é a de que, se existente o direito, a respectiva satisfação não comporta dilação alguma, consoante ocorre acima de tudo na esfera das relações jurídicas não patrimoniais, em especial na dos direitos da personalidade, mas também noutras que, patrimoniais embora, têm função de peculiar relevância para a vida da pessoa (v.g.: alimentos, salário). Cabe ao propósito uma distinção que justifica o desdobramento da categoria em dois tipos.

Num deles, o direito é daqueles cuja realização se protraí no tempo, de tal sorte que se concebe satisfação essencialmente provisória, suscetível de vir a cessar. Exemplo clássico é o da prestação de alimentos, que, concedidos agora, podem ser negados adiante. No segundo tipo, ao contrário, a satisfação do direito só é concebível à feição de algo definitivo, que se perfaz de uma vez por todas. Permitam-me exemplificar com episódio ainda não muito remoto da história política brasileira: o chamado “Plano Collor”, e em particular a providência capital nele consagrada, o bloqueio dos “ativos financeiros”, apresentado como instrumento de combate à inflação. De acordo com tese notoriamente aceita pelos tribunais, deveria autorizar-se o levantamento imediato em benefício das pessoas carentes de numerário para despesas inadiáveis, como as destinadas a intervenção cirúrgica imprescindível à respectiva sobrevivência. Ora, em hipóteses assim, a liberação da importância necessária representava caminho sem volta. Não tanto por causa das dificuldades práticas na recuperação do dinheiro levantado e gasto, mas sobretudo por uma razão jurídica: a Medida Provisória n.º 168, que disciplinava a matéria, previa unicamente a conversão dos cruzados novos bloqueados em cruzeiros, não a reconversão de cruzeiros eventualmente

liberados em cruzados novos. Tal reconversão não era só problemática *de facto*: era, antes de mais nada, impossível *de iure*. Seria pois totalmente anódino qualquer pronunciamento superveniente que porventura viesse a negar o direito ao levantamento do numerário.³

2. Legisladores de todos os tempos e de todos os lugares têm-se preocupado em aviar receitas para atender a essas necessidades postas em xeque pela renitente propensão dos pleitos judiciais a durar bem mais que o desejável. Sem pretensão de exaustividade, pode-se traçar um quadro sintético das técnicas empregadas com maior freqüência para enfrentar o problema. Elas comportam classificação em dois grupos: um formado por providências que se ordenam pura e simplesmente a imprimir maior rapidez ao processo, sem sacrifício da atividade cognitiva do juiz, a qual continua, tendencialmente pelo menos, plena e exauriente; outro, por medidas que visam a apressar a prestação jurisdicional mediante cortes naquela atividade, ou, para falar de modo diverso, exonerando o órgão judicial de proceder ao exame completo da matéria litigiosa.

Não se afigura errôneo usar a palavra “sumarização” a propósito de ambos esses gêneros de técnicas; para assinalar, no entanto, a diferença entre eles, diz-se que, no primeiro, se sumariza apenas *o procedimento*, ao passo que no segundo se sumariza *a cognição*. A distinção é relevante: visto que, lá, ficam preservadas todas as garantias fundamentais dos litigantes, notadamente com relação ao contraditório, o resultado do pleito merece receber sem dificuldade o selo da coisa julgada material, enquanto aqui, por força das compressões impostas a tais garantias, é natural que se tenda a conservar aberta, em medida variável, ao interessado a possibilidade de demandar o reexame da matéria, e ao órgão judicial a de proceder a ele.

A sumarização *do procedimento* pode decorrer: *a*) da criação de ritos especiais, com prazos menores, dispensa de certas formalidades e outras características havidas por idôneas para encurtar o itinerário processual; *b*) da abreviação eventual do

³ Se é lícita remissão a estudo anterior, que dedicamos especificamente ao assunto, *vide* BARBOSA MOREIRA, *A tutela de urgência num episódio recente da história política brasileira*, in *Temas de Direito Processual, Sétima Série*, S. Paulo, 2001, págs. 31 e segs.

próprio rito ordinário, sob circunstâncias capazes de tornar desnecessário o percurso total previsto qual paradigma. Exemplos bem conhecidos da primeira modalidade (*a*) são, no Brasil, o procedimento inicialmente designado por “sumaríssimo”, depois por “sumário”, de que cuidam os arts. 275 e segs. do Código de Processo Civil, e o procedimento próprio dos Juizados Especiais Cíveis, disciplinado nas Leis n.º 9.099 e (quanto à Justiça Federal) n.º 10.259. No âmbito da segunda modalidade (*b*) insere-se a modificação do procedimento ordinário contemplada sob a rubrica “Do julgamento antecipado da lide”, em que se profere a sentença logo após a fase postulatória e (se couberem) as chamadas “providências preliminares”, dispensada a realização da audiência de instrução e julgamento (art. 330 do CPC).

A técnica da sumarização *do procedimento* é apta a produzir bons frutos em determinados casos, mas seu êxito pressupõe condições favoráveis, que não se dão facilmente, em particular a possibilidade concreta da rigorosa observância dos prazos abreviados. Ademais, ela está sujeita ao perigo constante de que resultados iniciais positivos acarretem o aumento incontrolável da demanda e a conseqüente deterioração da “estrada”. Por essas ou por outras razões, cuja análise não seria factível nesta oportunidade, a sorte do antigo procedimento sumaríssimo de maneira alguma correspondeu às expectativas que o Código despertara no particular. Os próprios Juizados Especiais Cíveis amiúde se revelam incapazes de manter por muito tempo o nível de produtividade esperado. Situações de urgência máxima nem sempre encontram desafogo adequado nesse tipo de atendimento.

Também a sumarização *da cognição* pode operar de mais de um modo. Concebe-se, por exemplo, que o contraditório, em vez de *necessário*, se faça *eventual*: somente se instaurará se a iniciativa for tomada por aquele em face de quem se pede a prestação jurisdicional. Assim, na “ação monitória”, apenas se discutirá o alegado crédito caso o réu ofereça embargos, na falta dos quais, desde que haja instruído a inicial com prova escrita, o autor obterá sem mais delonga o título executivo judicial (Código de Processo Civil, art. 1.102 *c*, *caput*, 2.ª parte). Outra modalidade de sumarização da cognição é a consistente em adiantar provisoriamente o resultado do pleito, à vista de elementos que, embora insuficientes para fundar convicção plena, permitam ao órgão judicial um juízo *de*

probabilidade favorável ao autor. Inscrevem-se nessa área providências a que as leis e a doutrina atribuem natureza cautelar e/ou antecipatória — recorrendo-se aqui, intencionalmente, a uma formulação alternativa justificada pelas incertezas e hesitações classificatórias com que nos costumamos defrontar no ponto.

É evidente a impossibilidade de passar em revista, neste ensejo, todo o elenco de expedientes até agora anunciados em drástica síntese. Vamos, pois, concentrar nossa atenção precisamente na última categoria, em torno da qual, de algum tempo para cá, se vêm tecendo elaborações interessantes na literatura processual brasileira. Antes, porém, de enfrentar os principais itens da problemática à luz do direito pátrio, parece oportuno breve registro de dados relativos à experiência de outros ordenamentos, que com o nosso têm afinidade.

3. Referência obrigatória no assunto é a que se faz ao art. 700 do *codice di procedura civile* italiano. Ele integra seção intitulada *Dei provvedimenti d'urgenza*, que se insere no Capítulo III do Título I do Livro IV. Esse livro é dedicado aos procedimentos especiais; o Título I, aos procedimentos sumários; o Capítulo III, aos procedimentos cautelares. As seções precedentes cuidam do *sequestro*, em suas duas modalidades — o *sequestro giudiziario* (arts. 670 e segs.), correspondente ao seqüestro do direito brasileiro, e o *sequestro conservativo* (arts. 678 e segs.), afim do nosso arresto —; da *denuncia di opera nuova e di danno temuto* (arts. 688 e segs.); e dos procedimentos de instrução preventiva (arts. 692 e segs.), disciplinados no Código pátrio sob a rubrica “Da produção antecipada de provas” (arts. 846 e segs.). Pode-se traduzir com as seguintes palavras o teor do art. 700: “Fora dos casos regulados nas seções precedentes, quem tenha motivo fundado de temer que, durante o tempo necessário para fazer valer pela via ordinária seu direito, este fique ameaçado de prejuízo iminente e irreparável, pode requerer ao juiz as providências urgentes que, de acordo com as circunstâncias, pareçam mais idôneas para assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito”⁴.

⁴ No original: “Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”.

A doutrina reafirma e até enfatiza a índole cautelar que se atribui à figura em foco.⁵ Insiste-se no caráter *instrumental* da medida decretada com base no art. 700.⁶ É sabido que, ao longo dos anos, a utilização do dispositivo, na prática forense, veio a passar por notável expansão, a ponto de asseverar-se, em sede doutrinária, que semelhante expediente acabou por abranger “todas as categorias de direitos substantivos”⁷ E mais: com óbvia extrapolação dos limites que o código de 1940 pretendia fixar, passou-se a recorrer ao art. 700 qual meio de proporcionar ao interessado uma espécie de *sucedâneo* da tutela que ele poderia pleitear na via ordinária. Tal fenômeno foi objeto de crítica em doutrina: houve quem denunciasse aí “*un vero e proprio stravolgimento della natura e funzione cautelare del mezzo*”⁸.

O que escandalizou os críticos não foi, note-se, a mera possibilidade de que a providência cautelar fundada no art. 700 assumisse caráter *antecipatório* da tutela definitiva. Realmente, na Itália, desde cedo se admitira que pudessem coexistir pacificamente, no mesmo ato, feição antecipatória e feição cautelar. A primeira grande sistematização das providências cautelares, na literatura peninsular, definia justamente uma das espécies do gênero como “decisão antecipada e provisória do mérito”; subsistia uma relação de instrumentalidade entre essa decisão provisória e a sentença definitiva, se bem que “profundamente diversa” da existente nas outras espécies, mas em todo caso bastante para justificar a inserção do fenômeno na área da cautelaridade.⁹ A providência desse tipo, com efeito, não poderia “aspirar a tornar-se ela mesma definitiva”, mas seria em qualquer caso

⁵ Assim, entre outros, DINI, *I provvedimenti d'urgenza*, 4.ª ed., Milão, 1973, págs. 161/2; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Pádua, 1983, pág. 58; ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, Pádua, 1985, pág. 59 (o art. 700 constitui uma “norma di chiusura del sistema cautelare”; PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti cit.*, pág. 357 (cf. págs. 332/3, onde o autor igualmente identifica no art. 700 uma “tipica norma di chiusura”); MONTESANO, *Sulle misure provvisorie in Italia*, no vol. col. *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milão, 1985, pág. 115; na literatura mais recente, LUISO, *Diritto processuale civile*, 3.ª ed., Milão, 2000, vol. III, pág. 220; CARPI—TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Pádua, 2002, pág. 2.111.

⁶ V.g., CARPI—TARUFFO, ob. e lug. cit.: “*I provvedimenti d'urgenza hanno (...) funzione strumentale rispetto a una futura decisione di merito*”.

⁷ CARPI—TARUFFO, ob. cit., pág. 2.116. Já em 1985, no início de relatório para congresso realizado em Bari sobre o tema, registrava MANDRIOLI: “*Che i provvedimenti d'urgenza siano divenuti, nella prassi giurisprudenziale, uno strumento assai diverso da quello immaginato dal legislatore del 1940 è constatazione che si compie ormai da tutti*” (vide o vol. dos Atti, sob o título *La tutela d'urgenza*, Rimini, 1986, pág. 15).

⁸ ARIETA, ob. cit., pág. 62.

⁹ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, in *Opere giuridiche*, vol. IX, Nápoles, s/d, pág. 185. Exemplo ilustrativo era, segundo o autor, o dos alimentos provisórios.

“preordenada à emissão de uma providência principal”: sobrevindo esta, os efeitos provisórios da medida cautelar seriam pura e simplesmente “destinados a cessar, porque, conquanto a decisão principal substancialmente reproduza e faça suas as disposições da providência cautelar, ela funciona sempre como decisão *ex novo* da relação controvertida, e não como convalidação da providência cautelar”¹⁰. A aplicação do art. 700 a casos em que faltaria semelhante nota de instrumentalidade é que despertou a oposição de parte da doutrina; não a índole antecipatória, ou, em outras palavras, a eventual coincidência entre o conteúdo da medida de urgência e o da sentença a ser obtida por via ordinária. Que se concedesse, a título provisório, o mesmo *quid* suscetível de concessão definitiva na sentença, e não um *aliud*, isso não causou estranheza; o que se relutou em aceitar foi que a concessão provisória acabasse por *substituir* a definitiva, em vez de cingir-se a servir-lhe de *instrumento*.

Ficaria inescusavelmente incompleta esta breve resenha do direito italiano se não se aludisse à existência, nele, de providências antecipatórias de clara natureza *não cautelar*. Exemplo sugestivo é a do art. 186 *bis*, do *codice di procedura civile*, introduzido pela Lei n.º 353, de 1990, de acordo com o qual, a requerimento da parte, o juiz instrutor pode ordenar, na pendência de ação condenatória, o pagamento, pelo réu, das quantias por este não contestadas.¹¹ Tal *ordinanza* de forma alguma exerce função meramente instrumental em relação à futura sentença presumivelmente condenatória; tanto assim, que conserva sua eficácia no caso de extinção do processo (art. 186 *bis*, 2.ª alínea).¹² Por outro lado, ao contrário do que faz no art. 700, a lei aqui não subordina a concessão da medida a um específico pressuposto de urgência, posto que na realidade ela proporcione ao credor o benefício nada desprezível de obter a satisfação, ao menos parcial, do crédito antes do momento em que a obteria se tivesse de aguardar a sentença.

¹⁰ *Id.*, *ibid.*, pág. 187.

¹¹ Especificamente sobre a distinção entre esse tipo de medidas e as cautelares, vide CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Turim, s.d. (mas 1997), págs. 120 e segs. Na mesma obra, págs. 136 e segs., ampla casuística das providências antecipatórias na legislação peninsular.

¹² Cf. CARRATTA, *ob. cit.*, pág. 56.

4. Menos divulgada entre nós que a italiana, mas igualmente interessante, é a experiência francesa das *ordonnances de référé*, instituto que teve origem na praxe forense antes de ser agasalhado na legislação.¹³ Dele tratou modestamente o antigo código napoleônico (arts. 806 a 811), no fim do Livro V da Primeira Parte, consagrado à execução; mas o desenvolvimento prático transbordou de muito os marcos legislativos e trouxe o *référé* ao primeiro plano do cenário judicial. O novo *code de procédure civile*, de 1975, dedica-lhe vários dispositivos, espalhados ao longo do texto, sem grande preocupação sistemática; o campo de aplicação da figura, porém, continua a dilatar-se a ponto de suscitar certa inquietação em alguns espíritos esse fenômeno de “imperialismo”.¹⁴

Que é uma *ordonnance de référé*? O art. 484 do código vigente define-a como “uma decisão provisória, proferida a requerimento de uma parte, presente ou convocada a outra, nos casos em que a lei confere a um juiz que não é o da causa principal o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias”.¹⁵ A definição não prima pela clareza, e para traçar o perfil do instituto tem-se de recorrer a dados constantes de outros dispositivos: não só dos que se seguem ao art. 484, senão também de alguns situados em contextos diversos, notadamente os arts. 808 e segs, relativos aos poderes do presidente do *tribunal de grande instance* — órgão que detém a competência *comum* para os processos civis em primeiro grau de jurisdição.

De acordo com a tradição, as notas essenciais do *référé* consistem no pressuposto da urgência, no caráter provisório e na ausência de efeito vinculativo para o juiz incumbido da causa principal. A alusão a este último traço remanesce expressa no art. 488: “*L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée*”. Todavia, a importância real das características apontadas vem-se atenuando em mais de um aspecto, à

¹³ Criação da jurisprudência do Châtelet de Paris, regulamentou-o pela primeira vez um edito real de 1685. É o que informa a doutrina: CADIET, *Droit judiciaire privé*, 2.ª ed., Paris, 1998, pág. 548, nota 362; VINCENT — GUINCHARD, *Procédure civile*, 26.ª ed., Paris, 2001, pág. 264; CÉZAR-BRU — HÉBRAUD — SEIGNOLLE, *La juridiction du Président du Tribunal*, t. I, *Des référés*, 5.ª ed. (por ODOUL), Paris, s/d (mas 1978), págs. 12/3.

¹⁴ A expressão é de PERROT, *L'évolution du référé*, in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, s/d (mas 1981), págs. 657 e 663.

¹⁵ No original: “*L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires*”

medida que se expande o uso do instrumento. A urgência, por exemplo, que de início podia ser vista como o *quid* específico do *référé*, é hoje presumida pela lei em certos casos, e noutros pura e simplesmente dispensada.¹⁶ Assim é que o art. 809, 1.ª alínea, confere ao presidente do *tribunal de grande instance* o poder de decretar medidas conservativas ou restitórias, “seja para prevenir um dano iminente, seja para fazer cessar uma turbação manifestamente ilícita”.¹⁷ E mais: nos termos da 2.ª alínea, quando a obrigação afirmada pelo requerente não lhe parece “seriamente contestável”, ele pode conceder ao credor uma “*provision*” ou ordenar o cumprimento da obrigação, mesmo que se trate de uma obrigação de fazer.

Essa figura do chamado “*référé-provision*” é a que mais nitidamente se destaca do quadro tradicional.¹⁸ Para empregar a terminologia agora usual em nosso país, ela abandona sem reboço o terreno das cautelares e fixa domicílio no das medidas antecipatórias. Com efeito, a decisão que concede a “*provision*” pode apresentar conteúdo igual ao da sentença que julgar procedente o pedido na causa principal, qualitativa e até quantitativamente: tem-se admitido que a “*provision*” corresponda à soma total pleiteada naquela causa.¹⁹ Acentua a doutrina que o *référé* se vai despidendo, em hipóteses assim, da feição provisória que lhe era inerente, para adquirir a fisionomia de julgamento definitivo, senão de direito, pelo menos de fato.²⁰

Embora não se use na França a expressão “cognição sumária”, cumpre notar que mais de um texto do *code de procédure civile*, ao enumerar os pressupostos da *ordonnance de référé*, deixa certo que o juiz deve satisfazer-se com uma convicção formada *prima facie*, à luz de elementos que não são necessariamente completos. A fórmula utilizada

¹⁶ Vide a respeito VINCENT — GUINCHARD, ob. cit., págs. 268 e segs.; PERROT, trab. cit., pág. 655

¹⁷ No original: “*Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite*”.

¹⁸ No dizer de PERROT, trab. cit., pág. 652, aqui se está diante de “*l'extension la plus spectaculaire*” do instituto.

¹⁹ Cf. CADIET, ob. cit., pág. 553, com apoio na jurisprudência da *Cour de Cassation*.

²⁰ Nesse sentido, v.g., CÉZAR-BRU — HÉBRAUD — SEIGNOLLE, ob. e t. cit., pág. 135; HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Paris, 1991, pág. 234; CADIET, ob. cit., pág. 557; PERROT, trab. cit., págs. 652/3; *Les mesures provisoires en droit français*, no vol. col. *Les mes. provis. en procéd. civ.* cit., pág. 169

pela lei é a do descabimento de “contestação séria” ao pedido do requerente.²¹ Ao menos em teoria, fica aberta a possibilidade de chegar-se a conclusão diferente no julgamento da causa principal, naturalmente à vista dos resultados de instrução mais profunda.

5. O confronto entre a experiência italiana e a francesa põe em evidência mais de um ponto de afinidade. Num caso e noutro, cuida-se de medidas que devem muito à elaboração jurisprudencial. No foro nasceu e cresceu o *référé*, e do foro receberam nutrição os *provvedimenti d'urgenza* peninsulares. Foi com arrimo em decisões judiciais, muito mais que na letra da lei, que estes e aquele se viram progressivamente alçados à posição dos últimos tempos, com certeza muito mais saliente do que a cogitada de início pelo legislador. Aí não há o que estranhar: é em juízo que primeiro repercutem determinadas carências. Quem sente necessidade de proteção nem sempre renuncia a pleiteá-la por causa da mera inexistência ou insuficiência de textos legais; o juiz, por sua vez, nem sempre se deixa paralisar no impulso para fazer justiça pelo simples fato de não encontrar no receituário oficial o medicamento específico apropriado. Ambos procuram remédio no similar que estiver mais à mão.

Relaciona-se com isso outra característica comum a ambas as experiências: a *atipicidade* das medidas adotáveis. Nem na Itália, nem na França se tomou a iniciativa de arrolar, em enumeração exaustiva, as providências de que se está tratando. Como se recordou, o art. 700 do *codice di procedura civile* alude, em termos genéricos, àquelas que, segundo as circunstâncias, pareçam mais idôneas para assegurar a eficácia da decisão definitiva. O art. 809, 1.ª alínea, do *code de procédure civile*, por seu turno, fala, também genericamente, de medidas conservatórias ou restitórias que se imponham para prevenir dano iminente ou fazer cessar turbação manifestamente ilícita. E cumpre reconhecer que não seria mesmo possível ao legislador prever de modo casuístico todas as situações concebíveis e prescrever para cada qual uma solução específica. Apenas *in concreto*, tomando em

²¹ Art. 808: “*Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend*”. Art. 809, 2.ª alínea: “*Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation, même s'il s'agit d'une obligation de faire*”

consideração as variáveis peculiaridades do caso, é que se poderá escolher o caminho adequado.

Outro aspecto que merece realce concerne à relação entre a decisão provisória e a definitiva. Também no particular, quer na Itália, quer na França, aquela tem assumido com frequência conteúdo igual ao que se entende provável que esta venha a ter — quando nada do ponto de vista qualitativo, mas, em certos casos, até do quantitativo. Vale dizer: como quer que se classifique doutrinariamente a decisão provisória, não se exclui a possibilidade de que ela *antecipe*, em proveito do requerente, a fruição do benefício que lhe atribuirá, espera-se, a definitiva. Em outras palavras: tutela de urgência acaba por identificar-se com tutela *antecipada*.

Há mais. Em ambos os países, a concessão da tutela de urgência vai tendendo a assegurar ao interessado, de direito ou ao menos de fato, o gozo definitivo do benefício pleiteado. Isto é: a solução em princípio simplesmente *provisória* do litígio adquire estabilidade equiparável àquela que teria a solução final. O fenômeno tem-se imposto na prática, não obstante as rugas de preocupação, quando não de franca desaprovação, que pode e costuma provocar num setor da doutrina.

É hora de passar ao exame, sucinto embora, do ordenamento brasileiro, não sem antes consignar fato que interessa de forma precípua aos especialistas em direito do trabalho: tanto na Itália quanto na França, um dos tópicos comuns na casuística das medidas em foco é o de demissões supostamente ilegítimas de empregados, que se vêem reintegrados amiúde por força de *provvedimenti d'urgenza* ou de *ordonnances de référé*.²²

6. A evolução do direito pátrio comporta divisão em duas fases nítidas, delimitadas pela Lei n.º 8.952, de 13.12.1994, que deu nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil. Como se sabe, foi esse diploma legal que instituiu entre nós, com feição

²² Cf., na doutrina italiana, ARIETA, ob. cit., págs. 196 e segs.; na francesa, PERROT, *L'évol. du réf. cit.*, pág. 651 (uma exposição minuciosa da progressiva expansão, legal e jurisprudencial, do campo de aplicação do *référé* na matéria, em CÉZAR-BRU — HÉBRAUD — SEIGNOLLE, ob. e t. cit., págs. 188 e segs., 352 e segs.).

generalizada, a possibilidade de antecipar, no todo ou em parte, os efeitos da tutela jurisdicional pretendida pelo autor e a este dispensável, em regra, na sentença de mérito que a seu favor viesse a proferir-se. Não se tratava de novidade absoluta; mas até então semelhante possibilidade estava prevista fragmentariamente, para hipóteses determinadas.

Na primeira fase, anterior à Lei n.º 8.952, tínhamos:

a) a sumarização *procedimental*, em ambas as modalidades indicadas no começo desta palestra: ritos especiais simplificados, como o do procedimento originariamente batizado de “sumaríssimo”,²³ e abreviações do procedimento ordinário, v.g. nas hipóteses de “julgamento antecipado da lide” (CPC, art. 330).

b) casos específicos de sumarização *da cognição*, quer mediante a técnica de limitar a matéria suscetível de exame pelo juiz (por exemplo: Dec.-lei n.º 3.365, de 21.6.1941, art. 20, consoante o qual, na ação de desapropriação, “a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço”), quer pela exclusão da admissibilidade de certos meios de prova (por exemplo: no mandado de segurança, apenas se admite prova documental pré-constituída).

O arsenal legislativo revelou-se insuficiente para dar combate eficaz a vários problemas ligados à urgência da tutela jurisdicional. É verdade que nosso ordenamento de há muito conhece o expediente das liminares, atalho capaz de dar acesso rápido à proteção provisória (ao menos *de iure*) de direitos que não suportam delonga. Todavia, a utilização desse expediente ficava restrita, em princípio, aos casos contemplados *expressis verbis* em lei. Quanto à sumarização do procedimento, em particular, produziu resultados úteis na segunda modalidade acima recordada, a da abreviação do rito ordinário, ao passo que a outra, concretizada na criação do antigo procedimento sumaríssimo, teve modestíssimo êxito prático — razão da reforma levada a cabo pela Lei n.º 9.245, de 26.12.1995, que até substituiu

²³ Pode parecer estranho que se incluía esse procedimento entre os “ritos especiais”, à vista do que se lê no art. 272, *caput*, do Código de Processo Civil. Mas o enquadramento do antigo sumaríssimo, hoje sumário, como modalidade de procedimento “comum”, ao lado do ordinário, sempre foi manifestamente artificial: a respeito, vide BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, 22.ª ed., Rio de Janeiro, 2002, pág. 4.

por “procedimento sumário” a antiga denominação, onde o superlativo denotava pretensão a cada passo desmentida pela realidade... A própria experiência dos Juizados Especiais nem sempre vem correspondendo às expectativas geradas por sua criação.²⁴

7. Não é de surpreender que, diante da carência legislativa, os interessados em obter proteção urgente hajam procurado vias por assim dizer heterodoxas para alcançar o objetivo. A trilhada com maior frequência foi a da utilização da *forma* do processo cautelar para veicular pretensões que em substância manifestamente excediam os lindes da cautelaridade. E o expediente favorito consistiu em invocar o chamado “poder geral de cautela”, consagrado no art. 798 do Código de Processo Civil. Essa tática encontrou receptividade nos tribunais, sensíveis à necessidade de acudir a situações merecedoras de tutela, para as quais se mostrava improficua a consulta à farmacopéia clássica.

Acontece que não raro a concessão da providência requerida a título cautelar na verdade exauria toda a proteção que se podia dispensar ao requerente. Para grande consternação de parte da doutrina, que enxergava na expressão verdadeira contradição nos termos, difundiu-se na prática judicial o emprego das chamadas “cautelares satisfativas”.²⁵ Já se lembrou, no começo desta palestra, o exemplo sugestivo das ordens de liberação dos ativos financeiros bloqueados pelo “Plano Collor”. Sacada a importância de que precisava, o interessado havia obtido com isso tudo que pretendia, e só *nominalmente* a título provisório, dada a impossibilidade de reversão ao *status quo*.

Surgia, entretanto, um problema, resultante do disposto no art. 800, n.º I, do estatuto processual, a cuja luz cessa a eficácia da medida cautelar antecedente se a parte que dela se beneficiou não intenta a ação principal no prazo de 30 dias fixado no art. 806. Não se descobre que sentido tinha, na espécie, uma “ação principal”; mas, empenhados em conjurar hipotéticos riscos, os advogados propunham, após o desbloqueio, qualquer ação, inteiramente artificial, pedindo, por exemplo, que o juiz “confirmasse” a ordem emitida na “cautelar”.

²⁴ Para valiosa tentativa de apreciação crítica, com base em dados colhidos em “pesquisa de campo”, vide PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *Acesso à Justiça — Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*, Rio de Janeiro, 1999, págs. 127 e segs.

²⁵ Locução não menos formalmente contraditória, vale assinalar, chegou a usar-se, com acepção algo diversa, na França: “*mesures définitives provisoires*” (PERROT, *Les mes. provis. en dr. français* cit., pág. 157).

Semelhante mascarada ocupou a atenção e o tempo de órgãos judiciais, que muito melhor utilização de uma e de outro deveriam estar em condições de fazer.

Vale a pena registrar, de passagem, que, na Itália, há quem propugne a atribuição de eficácia definitiva às medidas cautelares antecipatórias fundadas no art. 700, sempre que o beneficiário se abstenha de instaurar o processo de conhecimento que, até agora, deve seguir-se à concessão da providência.²⁶

8. Vamos à segunda fase, inaugurada, como foi dito, pelo advento da Lei n.º 8.952. O art. 273, n.º I, do Código de Processo Civil passou a autorizar, em termos genéricos, a antecipação total ou parcial dos “efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, desde que, além de “prova inequívoca” bastante para tornar verossímil a alegação do autor, “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. Na verdade, a antecipação da tutela não fica restrita a essa área: o inciso II do art. 273 admite-a também nas hipóteses de “abuso do direito de defesa” ou de “manifesto propósito protelatório do réu”. E o § 6.º, acrescentado pela Lei n.º 10.444, de 7.5.2002, estende a possibilidade da antecipação no caso de permanecer incontroverso “um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles”. Tais disposições não se relacionam, ao menos diretamente, com o problema da urgência. A do § 6.º tem óbvia afinidade com a do art. 186 *bis* do código italiano, introduzido, conforme se averbou, pela Lei n.º 353, de 1990 — fonte em que talvez se haja inspirado o nosso legislador.²⁷ Tipicamente de urgência, ao contrário, é a tutela antecipada com fundamento no art. 273, n.º I.

Sobre o instituto da antecipação da tutela já floresceu abundante literatura. Um ponto merece ressaltar: a preocupação, intensa em setores doutrinários, de estabelecer

²⁶ Informação colhida em trabalho recente de FAZZALARI, *Il giusto processo e i “procedimenti speciali” civili*, in *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.*, vol. LVII (2003), pág. 4.

²⁷ CÂNDIDO DINAMARCO, *A reforma da reforma*, 4.ª ed., S. Paulo, 2002, págs. 94 e segs, propõe interpretação do novo parágrafo bem mais extensa que a sugerida pela literalidade do texto.

critérios rigorosos de distinção entre as medidas cautelares e as antecipatórias.²⁸ Não será um tanto exagerada tal preocupação? A ela — já se observou — permanece praticamente indiferente a doutrina italiana, pouco propensa a reputar absurda a coexistência, na mesma medida, de traços de acautelamento e de traços de antecipação. O fato é que nem sempre se consegue riscar com facilidade e exatidão a linha divisória entre os dois terrenos. E, bem pesadas as coisas, talvez nem sequer valha a pena fazer grandes esforços nesse sentido, sobretudo depois que a Lei n.º 10.444, no § 7.º que aditou ao art. 273, consagrou autêntica *fungibilidade*²⁹ entre providências cautelares e antecipatórias, autorizando o juiz a conceder àquele título providência requerida a este outro.

Seja como for, a tutela de urgência, no direito brasileiro contemporâneo, abre-se em leque diversificado. Existem, com efeito:

a) medidas a que, por assim dizer, podemos chamar “puramente cautelares”, como as de produção antecipada de prova;

b) medidas incluídas no elenco legal das cautelares, mas produtoras de efeitos antecipados suscetíveis de cessação: v.g., a concessão de alimentos a título provisório;

c) medidas também incluídas no elenco legal das cautelares, mas produtoras de efeitos antecipados definitivos; por exemplo: a demolição de prédio em ruína iminente, para resguardar a segurança pública (Código de Processo Civil, art. 888, n.º VIII);

d) medidas antecipatórias fundadas no art. 273, ou em regra especial inserta em lei extravagante, e desprovidas de índole cautelar: v.g., a imissão do expropriante na posse do bem objeto da desapropriação (Dec.-lei n.º 3.365, art. 15).

²⁸ Discrepa dessa orientação JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, ob. cit., págs. 318 e segs.

²⁹ A expressão, perfeitamente adequada, é de CÂNDIDO DINAMARCO, *A ref. da ref.*, págs. 91 e segs.

9. Acaso se perfez o sistema, de tal maneira que se possa haver por completo? Uma ou outra dúvida, quando nada, parece que se justifica. A primeira concerne ao requisito da reversibilidade, mencionado no § 2.º do art. 273, *verbis*: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” (*rectius*: dos respectivos efeitos). Doutrina e jurisprudência acordam, em geral, na necessidade de temperar a proibição.³⁰ Seria de bom alvitre que o temperamento fosse consagrado em termos expressos por via legislativa.

Outra questão é a relativa às providências que exaurem a proteção jurisdicional pretendida pelo interessado. Isso tanto pode ocorrer no âmbito das medidas oficialmente arroladas como cautelares, quanto no da antecipação do tipo da prevista no art. 273. No primeiro caso, deve cogitar-se de dispensar o beneficiário, pura e simplesmente, do ônus de propor “ação principal”, que lhe impõe o art. 806, evitando-se com isso o jogo pouco sério de demandas ociosas, intentadas — se me permitem expressão menos protocolar — “para inglês ver”, como sucedeu no caso do desbloqueio dos ativos financeiros ao tempo do Plano Collor.³¹ Se o prejudicado pela providência a considerar ilegítima, e portanto injusto o prejuízo, deveria caber-lhe a iniciativa de promover a responsabilidade do requerente, à semelhança do que se prescreve no art. 811. No segundo caso — isto é, no da antecipação da tutela propriamente dita —, modificação concebível (e aconselhável) consistiria em estabelecer que, concedida aquela integralmente, a eventual omissão da parte contrária em impugná-la converteria de imediato em sentença a providência antecipatória, com o conseqüente encerramento do processo.³²

³⁰ Consulte-se a respeito, inclusive para outras referências, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da antecipação da tutela*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 2002, págs. 71 e segs. Preconiza o autor, ao nosso ver com acerto, a aplicação do princípio da *proporcionalidade*: o juiz deve proceder a uma valoração comparativa dos interesses em jogo e decidir a favor daquele que lhe pareça mais relevante (*vide*, sobretudo, págs. 75 e 78).

³¹ Assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, relativamente à interdição de prédio ex art. 888, n.º VIII: vide os acórdãos citados por THEOTÔNIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 35.ª ed. (por JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊA), S. Paulo, 2003, nota 5 ao art. 888. A mesma solução, *a fortiori*, deve aplicar-se à demolição.

³² A sugestão consta de proposta de alteração do art. 273, formulada por ADA PELLEGRINI GRINOVER e publicada na *Rev. de Processo*, n.º 86, págs. 191 e segs.

10. São oportunas duas observações finais. A primeira reitera algo a que já se acenou: não parece aconselhável entender com rigor absoluto a discriminação das várias modalidades de tutela de urgência, há pouco indicadas. Entre elas sem dúvida existem diferenças relevantes, mas também manifestas afinidades — sem a qual, de resto, não teria cabimento enquadrá-las todás dentro de um mesmo gênero, o da tutela de urgência. Não fica excluída a possibilidade de depararmos hipóteses situadas numa “zona cinzenta”, ou faixa de fronteira, onde se torna difícil saber com precisão em que território se está pisando. A ciência processual — melhor dizendo: a ciência jurídica — precisa aceitar o fato de que, em alguns assuntos, não lhe é dado fixar marcos de perfeita nitidez entre áreas limítrofes. E, às vezes, não é útil sequer tentar fazê-lo.

A segunda é que a tutela de urgência, em qualquer de suas espécies, não há de ser vista como panacéia, aplicável com inteiro desembaraço e sem senso de medida a toda sorte de situações concretas. Que os advogados não gostem de peias no manejo do instrumento, compreende-se;³³ aos juízes, porém, compete respeitar certos lindes impostos pela consciência de que não entra em sua missão institucional pretender corrigir com golpes autoritários tudo quanto suponham contribuir para o desconcerto do mundo. A crônica judiciária registra casos em que, a título de antecipação de tutela, se ordenou a entrega imediata de medicamentos ao requerente, e até o arrombamento de armários dos hospitais públicos, com tal fim, e sob cominação de prisão do Secretário Estadual de Saúde, se se opusesse. Também já se chegou a determinar a inversão, em favor do requerente, da ordem de pacientes que aguardavam o transplante de órgãos, como se o juiz pudesse saber com certeza absoluta quem, na lista de espera, tem maior urgência na intervenção. Desse tipo de excessos seria bom que não tivéssemos de defender-nos, como seria igualmente bom que não precisássemos, por outro lado, lamentar uma exagerada timidez na decretação de providências urgentes. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra: aqui, como em quase tudo, *in medio est virtus*.

Junho de 2003

³³ Aplica-se ao Brasil a observação de FERROT, *L'évol. du réf.*, pág. 646, segundo a qual os advogados franceses tendem a enxergar no *référé* uma espécie de “abre-te sésamo”, capaz de dar acesso a quanto se queira conseguir em juízo.