

LINHAS MÍNIMAS PARA A DESCRIÇÃO DE UMA TEORIA DOS PROCEDIMENTOS CAUTELARES

Jefferson Carús Guedes

Advogado da União

Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP

**“...cada camada de conteúdo prova ser, como sugere
Schiller, apenas uma forma disfarçada”**

Fredric Jameson

1 Taxonomia das tutelas de urgência: a necessária classificação - 1.1 A diferenciação entre medida liminar, medida cautelar e Processo Cautelar - 2 Teoria do processo e teoria do procedimento: a dificuldade de delimitação - 3 Procedimentos cautelares do CPC e outros procedimentos típicos - 3.1 Rompimento da tipicidade pelo poder geral de cautela - 4 Teoria dos procedimentos cautelares - 5 Modo de realização dos atos processuais nos procedimentos cautelares - 5.1 Procedimento misto-documental cautelar - 5.2 Procedimento oral cautelar: a audiência de justificação prévia, audiência preliminar e audiência de instrução e julgamento 6 Condições adicionais da ação ou pressupostos adicionais dos procedimentos cautelares: *Fumus boni iuris* e *periculum in mora* - 6.1 *Fumus boni iuris* - 6.2 *Periculum in mora* - 7 Prova: sumarização da cognição cautelar ou “redução do módulo da prova” - 8 Fungibilidade como nota distintiva entre os procedimentos cautelares - 8.1 Fungibilidade e preservação das características procedimentais - 8.2 Fungibilidade entre tutelas de urgência - tutela antecipada e tutela cautelar - rompimento da tipicidade externa - 9 Contraditório, tempo e prazos nos procedimentos cautelares - 10 Forma, formalismo, ideologia e procedimentos cautelares

1 Taxonomia¹ das tutelas de urgência: a necessária classificação

O presente *artigo de revisão* não se incluiria dentre os demais não fosse a necessária classificação da tutela cautelar - na atualidade - como uma das espécies de tutela de urgência. No Brasil, essa possibilidade até bem pouco mais de uma década não era, salvo poucas referências, pensada ou proposta pela maioria dos estudiosos da tutela cautelar. Isso porque as demais espécies de tutela de urgência se perdiam (impropriamente), muitas vezes, dentro da tutela cautelar.

Com a generalização do tutela antecipada, que pode ser concedida amplamente no processo de conhecimento, se permitiu a *purificação*² do processo cautelar, com o seu retorno à via própria, ao âmbito idealizado pela teoria. Essa *purificação* significa ao

¹ O empréstimo da expressão da biologia é deliberado, principalmente neste momento em que a *Taxonomia* tradicional, originada da classificação botânica de Lineu, perde força diante da incapacidade de situar determinadas “espécies”.

² Teori ZAVASCKI, “Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante”, *Revista de Processo*, nº 82, p. 56.

processo cautelar a possibilidade de contenção na função de garantidor do resultado útil do processo, sem que nele se antecipe à parte a tutela de mérito, a satisfação, seja total ou parcial do pedido formulado pelo autor.

Tem-se observado uma certa desproporcionalidade no regramento das ditas tutelas de urgência, que em certa medida dificultam a sistematização e as eventuais classificações. Há quem afirme existir uma “disciplina insuficiente” nas normas atinentes à *tutela jurisdicional antecipada*, presente no art. 273 e em seus 7 parágrafos, se comparados com a extensão do Livro III do CPC, que rege o Processo Cautelar.³

Na maioria dos casos, os autores situam a *tutela cautelar* como espécie do gênero *tutela de urgência*.

CANDIDO RANGEL DINAMARCO identifica um único gênero com duas espécies: a) *cautelares* – medidas que visam a evitar que o tempo prive o processo de meio exterior útil à jurisdição e à produção de resultados úteis e justos; b) *antecipação de tutela* – medidas direcionadas à vida das pessoas, oferecendo a um sujeito do processo o bem ou benefício, ainda no curso desse processo.⁴

OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA classifica as espécies de tutela urgente como: a) *tutela de urgências satisfativa autônoma* - visa a acelerar a satisfação do direito contra o risco de retardamento do procedimento ordinário; b) *tutela de urgências satisfativa interinal ou provisional* - ; c) *tutela de urgências propriamente cautelar* .

LUIZ GUILHERME MARINONI, antes de evoluir sua classificação das tutelas para nela fazer incluir a tutela inibitória, estabelecia a “*sistematização das tutelas de urgência*” com ênfase na cognição sumária e na tutela às situações de perigo, dividindo-as em a) *tutela cautelar* e b) *tutela sumária antecipatória*.⁵

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE situa as denominadas tutelas de urgência dentro das tutelas diferenciadas, partindo-as em a) *tutela cautelar* e b) *tutela antecipatória*.⁶

Os autores que nominam algumas das tutelas a partir da tutela de urgência, em maior número nela incluem a tutela cautelar.

1.1 A diferenciação entre medida liminar, medida cautelar e Processo Cautelar

Embora superada a dificuldade de diferenciação, antes notada em parte da doutrina, restam hoje razoavelmente delineados os pontos distintivos entre liminares e medidas cautelares. Tais dificuldades decorriam da semelhança existente entre as características de ambas as medidas e que a medida liminar, em certos casos, assume função cautelar.⁷

³ Candido Rangel DINAMARCO, “O regime jurídico das medidas urgentes”, *Ajuris*, nº 82, p. 271, item nº 1.

⁴ Candido Rangel DINAMARCO, “O regime jurídico das medidas urgentes”, *Ajuris*, nº 82, p. 277, item nº 5.

⁵ Luiz Guilherme MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, itens nº 2.2 e 2.3.2, p. 21 e 23.

⁶ José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*, cap. I, nº 5, p. 26-27. Esse autor, por outro lado, considera que a antecipação dos efeitos da tutela tem natureza cautelar, *Obra citada*, cap. VI, nº 34, p. 389, nota-de-rodapé, nº 236.

⁷ Betina Rizzato LARA, *Liminares no processo civil*, item nº 2.2, p. 22-24.

Primeiro, sob o aspecto espacial, topológico, está à vista uma das diferenças entre medida liminar e medida cautelar, porquanto as cautelares só possam ocorrer nos procedimentos cautelares, integrantes do processo cautelar, descritos, por exemplo, no Livro III do CPC. De outro lado, as medidas liminares surgem ou podem surgir em outras espécies procedimentais, como nos procedimentos especiais possessórios, no procedimento especial de mandado de segurança, no procedimento especial da ação civil pública e em outros procedimentos.

Em virtude da identidade de *características* das medidas liminares e das cautelas ou medidas cautelares, se ampliou a possibilidade de confusão entre uma e outra.

Assim se pode listar como características coincidentes entre ambas:

a) a *urgência* presente em ambas e tida como elemento fundamental das medidas liminares, capaz de permitir a antecipação que adviria com o provimento final, ainda que nas liminares não se vincule exclusivamente ao perigo,⁸ isto é, pode haver urgência sem risco. A cautelar sem a presença da liminar que atende – em momento temporão – à urgência torna-se, provavelmente, inútil se vinda tardiamente, ou não existia o perigo;

b) a *revogabilidade* que é outro ponto de aproximação entre as cautelares e as liminares.⁹ No caso das medidas cautelares a possibilidade de revogação é expressa (art. 807), podendo independe de manifestação ou recurso, desde que desapareça o requisito do *periculum in mora*. Desse modo, a revogabilidade está no curso possível de ambas, nas medidas cautelares e nas liminares não-cautelares, distinguindo-se um caso de outro pela razões da revogação e pela necessidade ou não da provocação para a atuação do juiz. Para as liminares não-cautelares se tem exigido a provocação da manifestação judicial após recurso de agravo, ao contrário das cautelas;

c) a *cognição limitada* também identifica as medidas liminares e as cautelas e mais, é um componente historicamente presente nas duas espécies. Nas liminares tem-se que a cognição é plena quanto à extensão e sumária quanto à profundidade.¹⁰ Tanto mais superficial quanto antes seja dado o provimento, quanto maior seja a antecipação em relação à oitiva da outra parte, por exemplo. De modo similar há restrição cognitiva nos procedimentos cautelares, porquanto no momento inicial ou mesmo quando concedida medida na sentença cautelar haverá uma sumarização, vinculado à plausibilidade da existência do direito que se assegura;¹¹

d) a *provisoriedade* ou a possibilidade de ser a medida substituída por outra é característica das cautelares e das liminares que se associa à incompleta profundidade da cognição.

Por tudo se assemelham liminares e cautelares, ainda que a primeira só possa ser a expressão da identidade relacionada ao tempo, ao momento do desenvolvimento procedimental em que ela ocorre, sem que se identifique com natureza, com o conteúdo ou com a função processual. O provimento *liminar* é uma categoria espaço-temporal, do modo que o provimento *intermédio* ou o provimento *final*.

⁸ Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA, *Comentários ao CPC*, aponta como exemplo as medidas liminares possessórias.

⁹ Ver recente decisão dada no REsp. nº 197199/PR, Rel. Min. Sílvio de Figueiredo Teixeira, mantém o entendimento da possibilidade de revogação da medida liminar em ação possessória.

¹⁰ Betina Rizzato LARA, *Liminares no processo civil*, item nº 2.3.2, p. 26.

¹¹ Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *As ações cautelares e o novo processo civil*, § 14, p. 73.

De outro lado, o provimento liminar pode estar em uma ou outra função processual, em um ou em outro procedimento, seja no processo de conhecimento (art. 461, § 3º), seja no processo cautelar (arts. 802, II e 804) ou nos procedimentos especiais (arts. 937 e 1071). Em sentido literal *liminar* significa no limiar, no princípio. E em sentido legal as regras do CPC trazem um conceito estrito, quanto o provimento é dado antes de que se ouça a outra parte (*inaudita altera parte*) e outro conceito amplo, trazido pela doutrina, quando a medida é concedida após ouvir-se a parte adversa.

Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA insiste na afirmação de que as liminares do procedimento cautelar se sujeitam a um regime especial, que pode ser retirado do art. 804 do CPC, qual seja: “a) *liminares concedidas com dispensa de justificação prévia em audiência, a que o Código se refere como sendo concedidas ‘liminarmente’*; b) *liminares concedidas após justificação prévia em audiência, porém sem ouvir o réu*; c) *liminares concedidas mediante a prévia ciência do demandado, após justificação prévia*; d) *liminares concedidas sob a condição de que o autor preste caução, destinada a ressarcir os danos eventuais que a medida possa causar ao réu.*”¹² Assim, não perde o caráter liminar a medida, pela permissão do prévio conhecimento do pedido ao demandado.

Contudo as *medidas cautelares* e o *Processo Cautelar* possuem características próprias tais como a *autonomia* que “*deve ser entendida tanto no sentido de que à tutela cautelar é atribuída, pela ordem jurídica, uma função específica, distinta e inconfundível, quer daquela correspondente à tutela cognitiva, quer daquela atribuída à tutela executiva, como também no sentido de que o processo cautelar é estruturado e regido por princípios peculiares que o distinguem tanto do processo de conhecimento como do processo de execução*”.¹³

Dentre essas características se pode apontar a presença do *periculum in mora* e a associação desse retardamento com o risco de perecimento do bem ou do direito a que tutela, associado a outro processo, com o qual o processo cautelar mantém relação de *acessoriedade* ou de *instrumentalidade* – dito como processo “principal”. A sentença que reconhece o direito à tutela cautelar, consagra a proteção e a existência da pretensão à segurança, decorrente da simples aparência do direito (*fumus boni iuris*), encerrando nisso outra característica, a *instrumentalidade hipotética*, ou uma *hipoteticidade*.¹⁴

2 Teoria do processo e teoria do procedimento: a dificuldade de delimitação

O processo é conceituado na atualidade como instrumento de ordem técnica, posto à disposição da sociedade para atender ao interesse público: a justiça¹⁵ ou, ainda, como a atividade desenvolvida diante dos tribunais com vistas à obtenção de tutela jurídica do Estado, pela realização da ordem jurídica e dos direitos por ela tutelados.¹⁶

Embora não seja tranqüila na doutrina a adesão à idéia da existência de uma *teoria geral do processo*, que pode trazer como conseqüência o desprezo a peculiaridades de cada ramo do direito processual. De outra vista, contudo, é indisfarçável que existem

¹² Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, v. 3, item nº 1.13.1, p. 126.

¹³ Marcelo Lima GUERRA, *Estudos sobre o processo cautelar*, item nº 2, p. 15-16.

¹⁴ Marcelo Lima GUERRA, *Estudos sobre o processo cautelar*, item nº 3, p. 20, onde se ampara na posição de Calamandrei.

¹⁵ José Manoel de Arruda ALVIM NETTO, *Direito processual civil – teoria geral do processo de conhecimento*, v. I, parte 1ª, item nº I.3, p. 41.

¹⁶ Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, v. 1, item nº 1.1, p. 13.

princípios comuns ao processo civil, ao processo penal, ao processo trabalhista e a outros ramos do direito processual, sem que isso se caracterize como uma adesão à *teoria geral do processo*. Uma posição como essa não despreza a *teoria do processo* (ou a possível *teoria dos procedimentos*), mas limita o seu alcance à borda de cada disciplina. O mesmo se pode dizer dos procedimentos, seja dos *procedimentos especiais*, seja dos *procedimentos cautelares* ou mesmo dos procedimentos contidos no *processo de conhecimento*. Se existente a teoria, não terá ela o caráter geral, mas limitado à cada área.

Tem-se por *processo* o “complexo de atividades que se desenvolvem tendo por finalidade a provisão jurisdicional. É uma unidade, um todo, é uma direção no movimento,” representado pelo *procedimento* que é o “modo de mover e forma em que é movido o ato”.¹⁷ Também, diz-se que o *procedimento* é o “meio pelo qual se exterioriza o processo, coordenação dos atos que se sucedem” ao passo que o *processo* “são os atos que lhe dão corpo e as relações entre eles (atos) e as relações entre seus sujeitos”.¹⁸ A noção de *processo* é teleológica (finalística), ao passo que a noção de *procedimento* é instrumental, intercalar e formal. O *procedimento*, embora intrinsecamente coligado ao *processo*, é a revelação exterior deste último. *Procedimento* é, por conseguinte, a exposição de feições, a ordem e a forma, as velocidades e as marchas, a intensidade e a profundidade na realização de atos.

Tal é a imbricação de um no outro que a distinção em certas situações resta dificultada, senão impossível.

Outra visão do *procedimento* é considerá-lo como o *processo em contraditório*, o processo em sua estrutura dialética, com a participação dos sujeitos que são destinatários do resultado, nos atos processuais preparatórios do ato final do processo.¹⁹ Entretanto, uma conceituação dessas impediria a classificação dos procedimentos de jurisdição voluntários como *procedimentos*, pela ausência neles de contraditório.

Toda a variedade e a crescente multiplicação de procedimentos é resultado do estágio cultural da nação, de técnica judiciária e de política legislativa, às vezes submetida a interesses ideológicos momentâneos.

Por algum tempo entre os processualistas houve uma tendência de desprezo à variedade procedimental e a identificação dessa variedade como a excessiva influência do direito material sobre o processo (subordinação).²⁰ Em parte se via a multiplicação de “ações” como o resgate da *teoria imanentista*, que identificava a ação com o próprio direito. Propôs-se, como ideal para o processo a existência de procedimento único.²¹ Pelo Anteprojeto BUZAID, convertido após modificações no Código de Processo Civil de 1973, não havia a previsão dos procedimentos especiais, depois incorporados em número reduzido em comparação ao CPC de 1939.

¹⁷ Moacyr Amaral SANTOS, *Primeiras linhas do Direito Processual Civil*, v. 2, item nº 368, p. 83-84.

¹⁸ Antonio Carlos de Araújo CINTRA; Ada Pellegrini GRINOVER; Cândido R. DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, item nº 169, p. 235.

¹⁹ Elio FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, item nº II.§5, p. 82-83 e item II.§6, p. 86-87.

²⁰ Ronaldo Cunha CAMPOS, “Processo, procedimento e direito material”, *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 1, p. 153-171.

²¹ Moacyr Amaral SANTOS afirma que: “o ideal seria que aos processos de conhecimento, quaisquer que fossem, se um único rito. Entretanto, atendendo a certas peculiaridades de algumas relações jurídicas, os processos que as têm por objeto exigem procedimentos especiais.” *Primeiras linhas do Direito Processual Civil*, v. 2, item nº 373, p. 89.

Essas idéias, seja da negativa do valor, seja de reconhecimento e inevitabilidade das variações procedimentais, se referiam aos procedimentos especiais (não-cautelares) quase que exclusivamente. Entretanto são razoavelmente válidas – em seu conteúdo de censura - ao processo cautelar e seus procedimentos típicos ou mesmo ao “modelo aberto” contido no *poder geral de cautela*. Em ambas se contém um repúdio à multiplicação das espécies procedimentais, enquanto submissão aos caprichos do direito material, processo que deveria ser autônomo e equiparado àquele enquanto método.²²

Viu-se contudo, após 20 anos de vigência do Código de Processo Civil que tão bem aperfeiçoou essas características inovadoras da ciência processual, o retorno à *mentalidade* que privilegia a *tutela jurisdicional dos direitos*, em parte pela revelada insuficiência do modelo padrão – procedimento comum. Mais uma vez a compreensão se inverte a ressurgir a noção que a influência do direito material sobre o processo não é em si uma nocividade.

Com isso, multiplicam-se saudavelmente as variações procedimentais especiais.

3 Procedimentos cautelares do CPC e outros procedimentos típicos

Desde os primórdios da proteção cautelar, já em suas raízes mais remotas no Direito Romano, sobressaiam-se meios diferenciados de tutelas de situações de urgência. Esse indicativo primordial da variedade de “caminhos” e de direitos a proteger indicam a variedade ou a necessidade de modos diversificados de proteção aos direitos.

Como regra mais comum para a classificação dos procedimentos especiais, que identifica as peculiaridades desde um *procedimento padrão* ou *geral*, não é totalmente válida para os *procedimentos cautelares*, porquanto neste último caso não seja possível a localização de um procedimento geral ou padrão.

Essa técnica, em que os procedimentos especiais são classificados graças às supressões ou aos acréscimos em relação ao *padrão*, não tem valor no caso dos cautelares. Não há dentre os procedimentos cautelares um procedimento *geral*, *básico* ou *padrão*, embora as *Disposições Gerais* do Livro III do CPC, arts. 796 a 812, tenham caráter amplo e capaz de atingir todos os procedimentos típicos e atípicos.

Para a difícil tarefa de classificação dos procedimentos cautelares uma técnica seria a identificação de pontos comuns ou critérios entre grupos de procedimentos. Esse critério foi sabidamente utilizado por autores estrangeiros como CALAMANDREI e RAMIRO PODETTI, assim como por brasileiros como GALENO LACERDA e OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA.

CALAMANDREI dividia as cautelares em: a) providências instrutórias antecipadas; b) providências destinadas a garantir o resultado do processo de execução; c) providências provisórias destinadas a antecipação da tutela definitiva, ameaçadas por dano irreparável.

RAMIRO PODETTI classificava em: a) providências para assegurar bens; b) providências para assegurar pessoas; c) providências para assegurar prova.

GALENO LACERDA divide, segundo critérios distintos como a *finalidade* em: a) segurança quanto à prova; b) segurança quanto aos bens; c) segurança mediante

²² Ronaldo Cunha CAMPOS, “Processo, procedimento e direito material”, *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 1, p. 161.

antecipação provisória. Como a *posição processual e o caráter* a) antecedente – preventivo; b) incidente – preventivo e repressivo. E como a *natureza da tutela cautelar* em a) jurisdicional; b) administrativa.

Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA classifica em: a) *tutela de urgências satisfativa interinal ou provisional*; a) *tutela de urgências propriamente cautelar*.

Tais divisões que trazem semelhanças entre si, são puramente circunstanciais, ou seja, associadas ao modelo codificado encontrado pelos autores, mas insuficiente em apontar critérios amplamente válidos à teoria cautelar.

3.1 Rompimento da tipicidade pelo poder geral de cautela

Pela tipicidade ou pela descrição de modelos procedimentais oferecidos ao jurisdicionado, a lei processual, conforme as necessidades do direito “material” posto em discussão, indica as formas diferenciadas de veiculação das pretensões, às vezes por afeição ao próprio direito material (procedimentos especiais) ou por razões outras.

O *Princípio da Tipicidade* é próprio de outros ramos do direito, tal como: a) a *tipicidade do direito criminal* ou seu “elemento descritivo”, capaz de apontar todos os seus elementos essenciais, decorrentes da reserva legal b) a *tipicidade dos direitos reais*, que tem no art. 674 do Código Civil de 1916 e no art. 1225 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) a descrição das espécies de direitos reais admitidas pela lei e como tais considerados; c) a *tipicidade tributária*, suficiente a indicar exaustivamente o fato gerador do tributo e capaz de permitir a exata subsunção do fato à norma, pelo intérprete; d) a *tipicidade dos recursos cíveis*, que arrola como recursos cabíveis apenas aqueles que a lei descreve como tais, descritos no art. 496 do CPC e em outras leis esparsas, não permitindo que as decisões judiciais sejam atacadas senão por esses meios.

Com a *tipicidade cautelar* aproxima-se a lei processual da natureza do direito acautelado, com a finalidade de destinar a esse direito a especificidade da proteção que melhor o assegure, enquanto pendente de confirmação. Não tem, por certo, o mesmo rigor formal das demais, ao ponto de admitir a fungibilidade entre os “tipos” internos e agora a fungibilidade externa com a tutela antecipada.

Não se pode confundir, contudo, tipicidade com nome. Em um elogiado estudo da tipicidade processual se fez essa distinção ao afirmar que: “a *configuração do tipo não opera necessariamente pela qualificação técnico-legislativa, mas pelo que é dominante na “consciência social de uma época, nos diferentes campos do conhecimento humano”*.”²³ Segundo essa afirmação é imprópria a oposição entre típico/atípico e nominado/inominado, citando-se como exemplo a “ação cautelar de sustação de protesto” que, embora não tenha do legislador recebido esse “nome” (portanto inominada), não deita de ser típica pelo uso corrente no foro.”²⁴

Por outra vista é de se pensar que o *poder geral de cautela* rompe a tipicidade descrita nos procedimentos cautelares da lei. Pela previsão do art. 798 do CPC, *além dos*

²³ Flávio Luiz YARSHELL, *Tutela jurisdicional*, item nº 3-2, p. 42.

²⁴ Por curiosidade, o exemplo dado não se trata, para parte da doutrina, propriamente de uma ação cautelar, mas de antecipação de tutela, conforme o aval de Candido Rangel DINAMARCO, “O regime jurídico das medidas urgentes”, *Ajuris*, nº 82, p. 274, item nº 2, final.

procedimentos cautelares específicos, o juiz poderá determinar medidas provisórias que considere adequadas à tutela de direitos ameaçados de lesão.

Esse poder equivale a dar ao magistrado, “*dentro do estado de direito, um poder puro idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do imperium, decretava os interdicta.*”²⁵

É possível que se considere como norma em branco,²⁶ que antes do art. 798 do CPC de 1973 já vinha contida no art. 675 do CPC de 1939, capaz de permitir possibilidades “quase infinitas de criação jurisprudencial”, pela “vertiginosa grandeza do poder do juiz” como afirmou GALENO LACERDA.

Com isso, perpassa a “tipificação” do legislador - em seu limite de criar situações hipotéticas que mereçam proteção cautelar – ao juiz que, próximo aos fatos examinará a presença do *periculum* suficiente, na situação concreta, ainda que não descrita na lei. Esse é “*o momento mais amplo e alto de criação do direito em concreto pela jurisprudência, em sistema codificado, de direito continental.*”²⁷

Nesse sentido é que se pode dizer que o *poder geral de cautela* rompe a tipicidade interna cautelar permitindo a proteção cautelar a situações não descritas pelo legislados.

4 Teoria dos procedimentos cautelares

Para a possível descrição de uma *teoria dos procedimentos cautelares* é necessário que se repasse pelos postos distintivos de identidade existentes nesses procedimentos. Assim tem-se: a) o modo de realização dos atos processuais nos procedimentos cautelares, seja pelo procedimento misto-documental cautelar ou pelo procedimento oral cautelar: a audiência de justificação prévia; b) as condições adicionais da ação ou pressupostos adicionais dos procedimentos cautelares, tais como *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*; c) a limitação cognitiva expressa por meio das restrições à prova; d) a fungibilidade, ponto de distinção entre os procedimentos cautelares e a preservação das características procedimentais diante da tendência de fungibilidade entre meios, fungibilidade entre tutelas de urgência: tutela antecipada e tutela cautelar, e) o contraditório e os prazos nos procedimentos cautelares f) e as influências ideológicas capazes de influenciar a criação de procedimentos cautelares.

Essa descrição não poderia ser conclusiva e fechada porque deve haver a possibilidade do surgimento de novos aspectos, capazes de cindir a lista de procedimentos cautelares, segundo diversa classificação.

5 Modo de realização dos atos processuais nos procedimentos cautelares

Também nos procedimentos cautelares se pode notar a mesma distinção na forma da realização prática de atos processuais contidos no processo civil, havendo atos de realização escrita e atos de realização oral. O que se diz em geral do processo civil, que é hoje um procedimento *misto*, oral-escrito, se pode estender quase sem restrições aos procedimentos cautelares, que são *mistos-documentais*, com predominância larga da atos

²⁵ Galeno LACERDA, *Comentários ao CPC*, item nº 25, p. 95.

²⁶ Galeno LACERDA, *Comentários ao CPC*, item nº 25, p. 95;

²⁷ Galeno LACERDA, *Comentários ao CPC*, item nº 28, p. 111.

escritos. Não há assim, dentre os procedimentos cautelares, um procedimento estritamente escrito, como, por exemplo, o procedimento especial do mandado de segurança.

Não se poderá afirmar a exigibilidade da audiência de justificação prévia para a imediata concessão da proteção do direito que corre perigo, mas a designação da justificação prévia, tanto nas situações em que a natureza da prova o exija, como naquelas em que a qualidade da parte imponha (Entes Públicos) são imperativos principiológicos ou legais que não podem ser transpostos sem agressão do *devido processo legal*. Uma coisa é a inversão procedimental, que permite a concessão da medida urgente sem ouvir a parte contrária, outra coisa é não oportunizar a manifestação à outra parte.

5.1 Procedimento misto-documental cautelar

A nota predominante do processo civil de nossa época é a hegemonia dos procedimentos escritos, originada de razões históricas culturais e econômicas, mas que se acentua e avança, em desprestígio de formas orais e simplificadas, guardadas, no mais das vezes, para alguns procedimentos especiais como as ações possessórias ou outros.

São escritos a maior parte, senão todos, os atos da fase de postulação e de resposta dos procedimentos, são escritos a maior parte, senão todos, os atos de decisão e a imensa maioria dos recursos (excetuados, por opção, aqueles de interlocutória interpostos em audiência, art. 523, § 4º), são escritos os atos do processo de execução. Exceção a isso são alguns procedimentos especiais simplificados e a fase da *audiência preliminar* do procedimento comum sumário (art. 277) e do procedimento comum ordinário (art. 331).

A rigidez dessa escolha política do processo civil e de outros ramos do processo, faz de seus procedimentos uma lenta e sucessiva troca de escritos em que as manifestações do juiz, em virtude da necessária forma de documentação retardem ainda mais a decisão.

Não é muito diferente o processo cautelar, salvantes as hipóteses de *audiência de justificação prévia*, previstas no art. 804; art. 815, art. 816, art. 841, art. 858, art. 885 ou aquelas externas ao processo cautelar, previstas nas tutelas diferenciadas, art. 461, § 3º e art. 928 do CPC.

Conquanto se trate de procedimentos mistos-documentais, ou seja, em que há um predomínio marcante de troca de escritos, notadamente na fase postulatória e decisória, em muito pouco se aproxima do *procedimento de mandado de segurança*, considerado um procedimento sumário-documental puro, sem qualquer possibilidade de audiência. Nos procedimentos cautelares há concreta possibilidade de se sucederem três audiências, como se verá a seguir.

5.2 Procedimento oral cautelar: a audiência de justificação prévia, audiência preliminar e audiência de instrução e julgamento

O art. 804 do CPC²⁸ prevê que o juiz pode conceder a medida cautelar liminarmente ou após *justificação prévia*, criando-se, pelo menos, quatro hipóteses indicadas pela doutrina: 1) concessão sem justificação prévia e sem ouvir o demandado; 2) concessão sem justificação prévia e sem ouvir o demandado, mas mediante caução; 3) concessão com justificação prévia e sem ouvir o demandado; 4) concessão com justificação prévia e após ouvir o demandado.²⁹ Pode-se ainda cogitar da situação em que, independente de justificação, ouça-se o demandado para então conceder a medida.

Toda a inclusão da audiência de justificação prévia no curso dos procedimentos cautelares, como de resto em outros procedimentos especiais (ação popular, ação civil pública, ação de usucapião especial agrário) se vincula à possibilidade de concessão de medidas liminares.

Há que se examinar, contudo, a amplitude das liberdades do demandado da ação cautelar na audiência de justificação prévia, quando intimado a comparecer no ato. Um dos raros autores que se dedicou ao ponto acredita que possa ele comparecer à audiência, tomar ciência do pedido e dos documentos, contraditar testemunhas, argüir suspeição ou impedimento de peritos, perguntar aos peritos para suprir omissões e até mesmo juntar documentos em contraprova.³⁰ Pelo mais se nota que é ato do juízo e voltado predominantemente à demonstração do *periculum*.

Visa a *audiência preliminar* do art. 331, com predomínio de atos realizados oralmente, a múltiplas finalidades, que vão na lei expressamente arroladas: a conciliação, a decisão das questões processuais pendentes (saneamento), a fixação dos pontos controvertidos, a determinação das provas e a designação de data para a audiência de instrução e julgamento. Sua realização no processo cautelar se vincula à possibilidade e à necessidade de que nela se realizem os atos previstos. Dispensável sua realização, sem que se possa cogitar de cerceamento, quando possível a abreviação com julgamento conforme o estado.³¹

Não se vê claramente a possibilidade de conciliação quanto ao objeto específico das cautelares, exceto quando o pedido se cumula com outro pedido, como a declaração, constituição e desconstituição. Mas no âmbito da conciliação se contém a transação, o reconhecimento do pedido, a renúncia ao direito, a desistência da demanda, que podem

²⁸ “Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.”

²⁹ Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, v. 3, item nº 1.13.1, p. 126.

³⁰ Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, v. 3, item nº 1.13.11, p. 147-148.

³¹ TAPR – 8ª Câ. Cível. Apelação Cível nº 156681600 - Curitiba – Rel. Juiz Augusto Lopes Cortes, j. 12/02/01 Acórdão nº 11590, publicado 09/03/01. “APELAÇÃO CÍVEL. BUSCA E APREENSÃO. CONSORCIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECRETO-LEI N 911/69. LIMINAR. REQUISITOS PRÓPRIOS. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO (ART. 331, CPC). CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRENCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A ação de busca e apreensão prevista no decreto-lei n 911/69, ano se trata de medida cautelar, de modo que os requisitos para a concessão de liminar no seu âmbito observa o preceituado naquele diploma legal. 2. Inocorre cerceamento de defesa pela ano realização da audiência do art. 331 do CPC, quando a parte ano pretende produzir outras provas alem das documentais e se enquadra na hipótese de julgamento antecipado (art. 330, CPC), ano se justificando o simples argumento de ano ter sido dada oportunidade de conciliação, a qual pode ser buscada independentemente de intervenção judicial.” JUIS: Jurisprudência Informatizada. Edição nº 27, 1º Trimestre de 2002.

ser imagináveis também nos procedimentos cautelares, justificando a aplicação do art. 331 do CPC ao processo cautelar.

A exigência da designação da audiência de instrução e julgamento advém da impossibilidade de abreviação do procedimento cautelar (*adaptabilidade do procedimento às circunstâncias da causa*), que se justifica pela impossibilidade de julgamento conforme o estado do processo ou pela necessidade de produção de prova oral.³² Se for designada essa audiência para a colheita de prova, impossível a abreviação tardia, sem a concordância expressa das partes.³³

Essa audiência de instrução e julgamento é o momento de consagração da imediatidade, momento de aproximação máxima entre o juiz e as partes, entre o juiz e a prova e os objetos de prova. Nova tentativa de conciliação pode ser feita, pelo inc. IV do art. 125 do CPC, redação acrescentada pela Lei nº 8.952/1994, e então se seguem o depoimento técnico, o depoimento pessoas e o das testemunhas. Essa audiência só tem sentido pela necessidade de colheita dessa prova oral.

Há quem defenda a superação dos rigores formais e da solenidade para a coleta do depoimento das testemunhas no processo cautelar. Fala-se em *depoimento simplificado*, com tomada das declarações e posterior registro de fatos e circunstâncias relevantes.³⁴ Simplificação semelhante ocorre nos procedimentos especiais dos juizados (especiais estaduais ou federais), pela adoção do art. 12, § 3º da Lei 9.099/1995, que “*os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.*”

Inexiste aqui uma contradição de princípio, pela adoção dessa simplificação no processo cautelar, em vista da urgência que se requer nesses procedimentos.

6 Condições adicionais da ação e ou pressupostos adicionais dos procedimentos cautelares: *Fumus boni iuris* e *periculum in mora*

Há ainda que se investigar a natureza e mesmo a classificação desses dois elementos, ora considerados “requisitos específicos”, ora considerados “condições específicas” da ação cautelar.

Para a delimitação de uma “teoria dos procedimentos”, se isso for possível, a consideração sobre essas exigências processuais, sua presença e intensidade podem ser relevantes.

Antes porém, vale lembrar que há discordância quanto a essa classificação, como refere GALENO LACERDA: “*Merecem destaque as posições originais de dois processualistas brasileiros, que não sintonizam com a doutrina dominante a propósito do tema em análise. Ronaldo Cunha Campos, partindo da idéia de Carnelutti de que a medida cautelar tutela o processo e não a ação material que nele se contém, se insurge contra o requisito do*

³² Há possibilidade de julgamento conforme o estado do processo nas cautelares, sem que isso se caracterize como cerceamento, desde que a “prova documental seja incontroversa”, nesse sentido STJ – 6ª Turma. REsp. 94.026-MT, Rel. Min. Vicente Leal, j.23-09-1997, unânime, DJ 20-10-1997, p. 53.143.

³³ Nesse sentido decisão: 2º TACSP – 9ª Câ. Apelação sem Revisão nº 452.544, Rel. Juiz Francisco Casconi, j. 10-4-1996, JTA, nº 150, p. 492. JUIS: Jurisprudência Informatizada. Edição nº 27, 1º Trimestre de 2002.

³⁴ Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, v. 3, item nº 1.13.8, p. 143.

*fumus boni iuris, no qual enxerga ‘um quase prejulgamento de mérito’. Ovídio Baptista da Silva, a seu turno, considera os dois requisitos não como integrantes das condições da ação cautelar, mas pertencentes ao próprio mérito desta. ‘O juiz, ao decidir sobre esses pressupostos, decide o mérito da controvérsia cautelar’.*³⁵

GALENO LACERDA revela a adesão parcial à proposição de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA de existência do mérito cautelar; reconhece a existência das condições da ação mas acrescenta o “aparência do direito: *fumus boni iuris*” como mérito da ação cautelar, sem que se possa confundir esse elemento com as condições da ação cautelar.³⁶

6.1 *Fumus boni iuris*

Considerada a ação como o direito subjetivo público de ter o pedido examinado pelo Estado, detentor “monopolista” desse poder de apreciação, não havendo, como regra no processo civil, uma preocupação originária com a “procedência da ação”. Desse modo, a ação legitima a busca da confirmação do provável direito existente.

Para parte da doutrina o requisito do *fumus boni iuris* seria a provável existência de um direito a ser tutelado no processo principal, o que consistiria no juízo de probabilidade e de verossimilhança do direito cautelar a ser acertado e o perigo (ao direito provável) em face do risco de dano ao pedido contido no processo principal.

Existe orientação, tanto no Brasil como em outros países no sentido de situar o *fumus boni iuris*, no âmbito das condições da ação cautelar e parte da doutrina classificou como condição específica das cautelares.³⁷

Admitindo a existência de um direito substancial de cautela que se diferencia do direito material que venha a ser acertado em via principal, é de se entender que o *fumus boni iuris* não se caracteriza por ser uma condição de admissibilidade da ação cautelar, mas sim seu próprio mérito.³⁸

Conclui-se assim que o *fumus boni iuris* não participa das denominadas condições específicas de admissibilidade das ações cautelares, pois, tais condições, a nosso ver não existem.³⁹

6.2 *Periculum in mora* –

Não há, também, como regra dentre os procedimentos processuais civis, considerados eles em seu todo, uma preocupação central com o transcurso do tempo. De forma similar, não há uma preocupação central com o perigo de dano iminente e irreparável.

Essa atenção surge nos procedimentos de urgência e de forma acentuada nos procedimentos cautelares, sendo o *periculum in mora*⁴⁰ considerado o segundo elemento indispensável, ao lado do *fumus boni iuris*.

³⁵ Galeno LACERDA, *Comentários ao CPC*, item nº 47, p. 209-210.

³⁶ Galeno LACERDA, *Comentários ao CPC*, item nº 47, p. 208-219.

³⁷ Marcus Vinicius de Abreu SAMPAIO, *O poder geral de cautela do juiz*, item nº 2.2.5, p. 161-162.

³⁸ Marcus Vinicius de Abreu SAMPAIO, *O poder geral de cautela do juiz*, item nº 2.2.5, p. 163.

³⁹ Marcus Vinicius de Abreu SAMPAIO, *O poder geral de cautela do juiz*, item nº 2.2.5, p.164.

PONTES DE MIRANDA fazia a distinção ao definir as medidas urgentes ou de urgência: “a urgência só por si não caracteriza as medidas cautelares, pois nada é mais urgente que os preceitos cominatórios. Por isso mesmo, se há *periculum in mora*, iminente, há pedido da caução de dano infecto: perigo justifica a urgência; o perigo iminente: a cautela.”⁴¹

Diz-se também que o *periculum in mora* representa o risco de dano ao direito da parte, pelo retardamento da provisão definitiva, incluindo-se ainda como o núcleo do interesse de agir e não como uma condição adicional da ação.⁴² O *periculum in mora*, visto por essas formas, não é exclusividade cautelar só justificando o seu exame se compreendido no sentido estrito de *risco de dano irreparável*, como quer Ovídio A. Baptista da Silva.⁴³

7 Prova: sumarização da cognição cautelar ou “redução do módulo da prova”

Uma das técnicas de adaptação do procedimento à causa ou ao direito litigado, identificada nas diferentes formas de tutela existentes é a adequação da amplitude e da profundidade da cognição permitida ao juiz.

Tem-se por cognição “o ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito, que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo.”⁴⁴

Na tutela cautelar limita-se a cognição, como é largamente sabido; daí dizer-se que a cognição cautelar é sumária, porque restrita à verossimilhança. Chega-se à suficiência do conhecimento pelo *fumus boni iuris*, quando identificada a aparência do direito capaz de legitimar a sua própria proteção. Revelando-se a aparência da existência do direito que se afirma ameaçado e demonstrada a ameaça é tanto quanto basta a que esse direito seja protegido.

KAZUO WATANABE diz que a “cognição sumária é a cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical”, identificando-a com a tutela cautelar.⁴⁵ Deve-se alertar, entretanto, que parte da doutrina identifica a *cognição sumária* com juízos de probabilidade (alegações e provas dos fatos) e a *cognição superficial* com juízos de verossimilhança (alegações das partes).⁴⁶

⁴⁰ A expressão *periculum in mora* é considerada ambígua por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, que vê na mesma o suporte também para as antecipações da própria tutela jurisdicional, do provimento final, como defesa contra os males do puro retardamento (sem risco à execução), *Curso de processo civil*, v. 3, item nº 3.2, p. 41.

⁴¹ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC*, disposições gerais, item nº 3, p. 26.

⁴² Marcus Vinicius de Abreu SAMPAIO, *O poder geral de cautela do juiz*, item nº 2.2.5, p. 164.

⁴³ Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, v. 3, item nº 3.2, p. 41.

⁴⁴ Kazuo WATANABE, *Da cognição no processo civil*, item nº 10, p. 41.

⁴⁵ Kazuo WATANABE, *Da cognição no processo civil*, item nº 10, p. 41.

⁴⁶ Luiz Guilherme MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, itens nº 2.3.2 e 2.3.3, p. 23-26. Tem sentido similar a proposição de Eduardo CAMBI, *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: RT, 2001, item nº 3.2, p. 62, nota 17, em que acrescenta como elemento de distinção a efetivação do contraditório, que ocorreria apenas na *cognição sumária*. Não concorda com essa posição José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*, cap. V, nº 6, p. 116, onde diz que “também pode ser sumária a cognição, ainda que o contraditório se realize antes do provimento.”

Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA sugere como quantificação da verossimilhança a “redução do módulo de prova”,⁴⁷ amparado na doutrina européia, que significa uma resignação com índices reduzidos de verossimilhança. Esses índices seriam ainda menores que aqueles comumente alcançáveis pelos juízos que não são premidos pela urgência, ou seja, que suportam a dilação probatória sem por em risco o direito tutelado.

Segundo o mesmo autor, ainda que a prova na tutela cautelar sofra tais reduções “qualitativas” não se cogita de excluir meios de prova, sendo admitidos todos aqueles que de forma geral no processo são admitidos. E mais, sugere o acolhimento dos “depoimentos” de incapazes, impedidos, de declarações escritas firmadas por terceiros, de pareceres e laudos.

8 Fungibilidade como nota distintiva entre os procedimentos cautelares

O princípio da fungibilidade permite que o juiz conceda medida diversa daquela expressamente requerida pela parte. Na doutrina há referências a essa possibilidade dentre os procedimentos cautelares.⁴⁸

Deve ser notado que a fungibilidade não desfaz a diferença existente entre os procedimentos; pelo contrário, as preserva, mas permite que se conheça uma coisa por outra (recursos), que se conceda uma medida por outra (cautelares), que se entregue um bem, ainda que a descrição do fundamento fático seja outro (possessórias). Com isso se afasta a imposição do *princípio da indisponibilidade absoluta do rito*, na medida em que, diante de certas condições, possa o juiz conhecer como um pedido diverso aquele que foi equivocadamente formulado.

Nota-se uma “deformalização”, um desprezo pelo formalismo original e um esforço à instrumentalidade, à economia processual. Pelo o *princípio da instrumentalidade das formas* ou *da finalidade* (art. 154, parte final), valoriza-se a substância do ato processual, em desprestígio à forma, considerando-se válidos aqueles atos que atinjam seu objetivo, mesmo que praticados de forma diversa da prevista. Vale lembrar o *princípio do aproveitamento* ou da *conversão*, para o qual mesmo os atos praticados em erro de forma, desde que não causem prejuízo, dar-se-ão como válidos (art. 250, par. único).

Com a fungibilidade ou com a aplicação do *princípio da fungibilidade* tem-se efeito similar ao efeito da aplicação do *princípio do aproveitamento* e da *conversão*.

8.1 Fungibilidade e preservação das características procedimentais

Uma indagação de cunho estritamente principiológico que pode ocorrer é sobre a preservação das características internas e externas das medidas ou dos “meios”, quando entre eles se admite a franca fungibilidade.

⁴⁷ Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, v. 3, nº 1.13.7, p. 139-140.

⁴⁸ Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, v. 3, nº 1.13.5, p. 129; Fritz BAUR, *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, p. 9; Victor A. A. BOMFIM MARINS, *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*, item nº 40, p. 109-110.

Na relação entre cautelares e recursos, ou no uso do processo cautelar para que se confira efeito inexistente em recurso, tal como o efeito suspensivo em recurso especial, ou a subida e a imediata apreciação de recurso especial, já se admitiu a cautelar.⁴⁹

No Superior Tribunal de Justiça se admitiu a fungibilidade entre cautelar de atentado “*Processual civil. Cautelar de atentado. Autonomia jurídica em relação a ação principal. Fungibilidade. (...) III - Excepcionalmente se admite a fungibilidade da cautelar, na hipótese do art. 805, CPC, e quando o resultado for menos penoso.*”⁵⁰

8.2 Fungibilidade entre tutelas de urgência - tutela antecipada e tutela cautelar: rompimento da tipicidade externa

Uma tendência contemporânea que pode ser associada como desprestígio ao formalismo e revigoração do processo como instrumento de realização do direito se encontra na possibilidade de fungibilidade de instrumentos processuais.⁵¹ Nesse texto se propõe a fungibilidade ou a admissão da ação rescisória pela ação declaratória de inexistência ou mesmo de nulidade de sentenças transitadas em julgado; a admissão da tutela antecipatória pelas cautelares e vice-versa, quando de decida em favor de valores fundamentais; a fungibilidade entre os agravos internos, dentre outras sugestões.

Recente modificação produzida no art. 273, com a introdução de um parágrafo 7º,⁵² permite que o juiz conceda a tutela cautelar, em caráter incidental, ainda quando a parte tenha requerido antecipação de tutela, desde que identificáveis os pressupostos da medida não requerida. A fungibilidade entre as tutelas de urgência, como consagrado nesse recente acréscimo legal,⁵³ não exclui a diferenciação entre um e outro meio processual, pelo contrário, confirma a sua existência e permite a tão reclamada *deapuração* dos institutos.⁵⁴

⁴⁹ STJ – 2ª Turma. Medida Cautelar 2299/SP, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, j. 13/06/2000, unânime, DJ 01/08/2000, p. 216; RSTJ, v. 135, p. 205. “ (...) 11 - Não há cogitar de alteração do pedido cautelar, quando o escopo da medida é o de obstar os efeitos da decisão final. 12 - É de elementar inferência a distinção entre alteração da causa petendi, vedada no direito pátrio após a citação, com o instituto do direito superveniente, consagrado no art. 462 do CPC, que deve ser prestigiado no momento da decisão. 13 - A cassação de investidura popular é medida radical, só suscetível de ser aplicada com lastro em sentença definitiva acobertada pelo trânsito em julgado ou, em condições excepcionais, quando assim o exigir o interesse público, particularmente a administração da justiça. 14 - Cautelar procedente para determinar o imediato processamento do recurso especial, depois do necessário juízo de admissibilidade por parte do Presidente do Egrégio Tribunal a quo.”

⁵⁰ STJ – 4ª Turma. REsp.11956/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 22/02/1994, unânime, DJ 28/03/1994, p. 6.324.

⁵¹ Teresa Arruda ALVIM WAMBIER, “Fungibilidade de ‘meios’: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade”.

⁵² “§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

⁵³ Resta por examinar na doutrina o alcance dessa norma e de se saber se ela tem uma via apenas, ou seja, se somente é possível conceder cautelar quando requerida antecipação ou (o que é improvável) conceder antecipação quando requerida a cautelar.

⁵⁴ Nesse sentido o STJ – 2ª Turma. REsp. nº 159399/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 23-5-2000, unânime, DJ 1-8-2000, p. 224. “ Os pressupostos para concessão de tutela antecipada (art. 273 do CPC), não se confundem com o poder geral de cautela do art. 804 do CPC”.

9 Contraditório, tempo e prazos nos procedimentos cautelares

O *princípio do contraditório* ou da *bilateralidade da audiência* é derivado do *devido processo legal*, onde incluiriam outros princípios, como o da isonomia, do promotor natural, do duplo grau de jurisdição e da publicidade, tem forte conotação com o princípio da oralidade, pois é exatamente na audiência em que se acentua o princípio.

Desponta como garantia das partes, para que lhes seja permitido conhecer o conteúdo de todas as manifestações existente no processo, desde o pedido à resposta, conforme réu ou autor, e a elas opor a respectiva contradição. Vê-se nesse princípio dois aspectos, um restrito e outro amplo. No *sentido restrito* está compreendida a possibilidade das partes de demonstrarem ao juiz, “segundo as suas perspectivas” individuais, as situações de fato e de direito esclarecedoras daqueles que as arguem. No *sentido amplo* repousa o dever das partes de contribuírem com o processo, com lealdade, ao esclarecimento das questões.

Esse princípio difere do *princípio da publicidade*, porque é subjetivamente mais largo, atingindo a toda a sociedade, enquanto aquele (*contraditório*) é substantivamente mais profundo, na medida que permite além do conhecimento dos atos processuais, mas a manifestação no processo. Com posição de princípio constitucional processual (art. 5º, inc. LV),⁵⁵ teve sua amplitude dilatada, estendendo-se, ao lado da ampla defesa, aos procedimentos administrativos e judiciais. Mesmo assim, tem espectro menor que no processo penal, no qual se almeja a verdade real, tendo, contudo, extensão que permite terem as manifestações das partes, as manifestações orais em audiência, paritariamente contraditadas. Por essa razão, diz-se mais apropriada a denominação de *princípio da bilateralidade da audiência*,⁵⁶ na medida em que “se brinda” a outra parte com a oportunidade de ser ouvida.

Como visto no item nº 5, poderá haver um retardamento do contraditório nos procedimentos cautelares, pela possibilidade de concessão de liminares com ou sem audiência de justificação prévia. Nesses casos a proteção do direito que corre perigo exige a imediata concessão do provimento, sem a plena ou antecipada contradição dos fundamentos. Trata-se inversão procedimental, que legitima o atendimento urgente ao pedido, sem ouvir a parte contrária. Não se trata da supressão completa do contraditório, que não é de todo impossível de ocorrer.

Esta nota característica própria das cautelares, mas também extensiva às demais medidas urgentes, é um modo mais adequado de atender a peculiaridades do direito a ser tutelado.

O processo tem certa duração, mais, o tempo é inexorável e está associado ao próprio desenvolvimento procedimental. A sucessão de atos que compõem o procedimento tem em si o consumo de certo prazo, ampliado pelo formalismo que esses atos geralmente demandam.⁵⁷ Com a *aceleração* procedimental se relativiza parte desses prejuízos. Tem-se optado em certos procedimentos pela aceleração procedimental com

⁵⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei (...) nos termos seguintes: LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁵⁶ Nelson NERY JUNIOR, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, nº 21, p. 131.

⁵⁷ José Rogério Cruz e TUCCHI, *Tempo e processo*, nº 1.2, p. 14; José Manoel de Arruda ALVIM NETTO, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, nº 146-148, p. 483-489.

encurtamento de prazos, como nas causas *não complexas*, técnica que nem sempre surtiu resultados esperados, como no procedimento sumaríssimo do CPC de 1973.

Outra técnica que objetiva à aceleração é a *antecipação de tutela* (art. 273) e a tutela específica (art. 461), como modos de inversão procedimental que produzem resultados antes de se averiguar, por completo, o direito a sua produção. Também a tutela monitória, com a imediata formação do título, após o recebimento da inicial (art. 1.102).

Nos procedimentos cautelares, estão associadas duas técnicas, tanto o encurtamento de prazos, que pode proporcionar a aproximação ou concentração de atos, como a inversão procedimental, hoje generalizada pela antecipação de tutela e pela tutela específica. De outra parte, ainda, surge a *sumarização* característica dos procedimentos cautelares, que permite certa limitação cognitiva, conhecimento sem a completude em profundidade, isto é, verossimilhança.

10 Forma , formalismo, ideologia e procedimentos cautelares

Ainda que seja verdadeiramente difícil dizer em que consiste o formalismo, não se pode ao criticar o formalismo fazer essa crítica tocar à forma jurídica, garantia em geral do processo e de seus sujeitos.⁵⁸ Se possível dever-se-ia separar o formal do formalístico, conquanto não sejam e não possam ser a mesma coisa.

Pelo procedimento se revela a própria “espinha dorsal do formalismo” revelada como *“estrutura formal constante, a seqüência procedimental caracteriza-se por ser disciplinada por uma série de normas coligadas entre si, de tal modo que a norma sucessiva da série tem sempre o seu suporte fático constitutivo composto pelos efeitos produzidos pela atuação da norma precedente.”*⁵⁹

Por meio do regramento de procedimentos especiais - sejam cautelares ou não - onde se nota abreviações tempo e prazos, restrições probatórias, limites à cognição, imposição de condições especiais de procedibilidade, limites de valor, também se revela a forma e mesmo o formalismo. Por outro lado há técnicas que relativizam essas imposições do sistema, tais como a fungibilidade entre procedimentos cautelares, as restrições ao contraditório e o poder geral de cautela que se abre à “criatividade procedimental”.

O mesmo componente ideológico que anima o legislador ao impor uma exigência formal em de terminado procedimento, rompe com esse limite ao conceder o poder geral de cautela, capaz de tutelar a situação cautelanda impossível de ser prevista pelo mesmo legislador.

Vale destacar o *princípio da adaptação do procedimento às exigências da causa*, capaz de se estender sob os aspectos subjetivo, objetivo e teleológico.⁶⁰ Aqui pode ser destacado como exemplo a sumarização cognitiva que permite a consideração da

⁵⁸ Salvatore SATTA, “Il formalismo nel processo”, *Il mistero del processo*, p. 83-87. Em que pese a dificuldade apontada pelo autor italiano na década de 1950, há recente e profundo estudo sobre o fenômeno no Brasil: tese *Do formalismo no processo civil*, de Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA, publicada pela Editora Saraiva.

⁵⁹ Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, item nº 14.2, p. 112.

⁶⁰ Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, item nº 15.2, p. 116.

semelhança como suficiente à tutela do direito ameaçado, como no exemplo da tutela cautelar.

Bibliografia

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda *Direito processual civil – teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 1972, v. I.

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. “Fungibilidade de ‘meios’: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade”, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001. Org. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Comentários ao CPC*. Porto Alegre: LEJUR, 1985, v. XI.

_____. *Curso de processo civil*, 4ª ed. São Paulo: RT, 1998, v. 1 e 3.

_____. *As ações cautelares e o novo processo civil*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974

BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOMFIM MARINS, Victor A. A. *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*, 2ª ed., Curitiba: JURUÁ, 2002.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. “Processo, procedimento e direito material”, *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 1. Uberaba: Vitória, 1975.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. Malheiros, 9ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1993.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao CPC*. São Paulo: RT, 2001, v. 11.

DINAMARCO, Candido Rangel. “O regime jurídico das medidas urgentes”, *Ajuris*, nº 82. Porto Alegre: Ajuris, 2001.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, 8ª ed. Padova: CEDAM, 1996.

GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*, 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao CPC*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. VIII, t. I.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. São Paulo: RT, 1993

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: RT, 1992

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 5ª ed. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. “Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual”, *Livro de estudos jurídicos*, nº 4. Rio de Janeiro: IEJ, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. XII.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *Poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: RT, 1993.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas do Direito Processual Civil*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, v. 2.

SATTA, Salvatore. “Il formalismo nel processo”, *Il mistero del processo*. Milano: Adelphi, 1994.

SCHIMA, Hans. “Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 7. Milano: Giuffrè, 1953.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997.

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

_____. “Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante”, *Revista de Processo*, nº 82. São Paulo: RT, 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.