

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO**

MARIAH CECHINEL SPILLERE

**A MANUTENÇÃO DA CAUTELAR SATISFATIVA DIANTE DO
INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA: UM ESTUDO SOB A
PERSPECTIVA DA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL PÁTRIA E DA
INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.**

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO**

MARIAH CECHINEL SPILLERE

**A MANUTENÇÃO DA CAUTELAR SATISFATIVA DIANTE DO
INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA: UM ESTUDO SOB A
PERSPECTIVA DA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL PÁTRIA E DA
INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.**

Monografia apresentada para obtenção de grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

Orientador: Prof. Msc. Dilvânio de Souza.

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

MARIAH CECHINEL SPILLERE

**A MANUTENÇÃO DA CAUTELAR SATISFATIVA DIANTE DO INSTITUTO DA
TUTELA ANTECIPADA: UM ESTUDO SOB A PERSPECTIVA DA SISTEMÁTICA
PROCESSUAL CIVIL PÁTRIA E DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.**

Monografia aprovada pela Banca Examinadora
para obtenção do Grau de Bacharel no curso
de Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense – UNESC.

Criciúma, 14 de junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dilvânio de Souza – Msc. (UNESC) – Orientador

Prof^a. Adriane Bandeira Rodrigues – Esp. (UNESC)

Prof^a Renise Terezinha Mellilo Zaniboni – Esp. (UNESC)

Dedico esta monografia à minha família, especialmente ao meu pai Valdenir Pedro, minha mãe Simone e minha avó Ana, meus maiores incentivadores, pessoas que jamais mediram esforços para a realização dos meus sonhos, e principalmente para a formação do meu caráter.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus pelas lições de humildade que ajudaram a construir meus valores. Aos amigos, por estarem sempre presentes quando necessitei, dispostos a apoiarem e a proporcionarem momentos de descontração, cada vez mais raros no interregno da confecção desta pesquisa.

Aos professores, sempre tão solícitos, ainda que tão atarefados, especialmente ao orientador, professor Dilvânio, por compartilhar seu vasto e inquestionável conhecimento, pelos conselhos dispensados e pela paciência no trato com os tropeços.

Aos colegas profissionais, pelo companheirismo de sempre, tornando o cotidiano e o ambiente forense tão mais agradável, não obstante a tensão que lhes é peculiar.

À Doutora Ana Lia, Juíza de Direito da Vara da Família da Comarca de Criciúma à época em que lá estagiei, pela oportunidade, confiança e, principalmente, pelo carinho inestimável que sempre demonstrou. Ao Doutor Pablo Vinícius, Juiz Substituto da Comarca de Criciúma, igualmente pela oportunidade e confiança e, principalmente, pela paciência na resolução das intermináveis dúvidas, muitas vezes sem qualquer pertinência.

Por fim, aos familiares, em especial ao meu pai Valdenir que, mesmo não sendo tão presente, ainda assim consegue ser o melhor pai do mundo. À minha mãe Simone, pela dedicação irrestrita, sempre no intuito de fazer de mim uma pessoa realizada, nunca medindo esforços para me proporcionar até o que não poderia. Por suas palavras sábias, ponderadas e racionais, objetivando sempre a formação do meu caráter e da minha integridade.

À minha estimada avó Ana, pelo exemplo de solidariedade, sempre sobrepondo aos seus interesses os desejos de seus próximos. Pela brilhante maneira com que lida com a função de verdadeiro pilar sustentador da nossa família, enfim, pelo exemplo de ser humano que é.

“A Justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.”

Rudolf Von Ihering.

RESUMO

Até a reforma do Código de Processo Civil de 1994, que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da tutela antecipada, eram as medidas cautelares satisfativas que possibilitavam ao jurisdicionado a fruição antecipada da pretensão que somente seria alcançada com o provimento final do processo. Após tal reforma, passou-se a discutir a subsistência da cautelar satisfativa em face da tutela antecipada, haja vista que aquela representa uma distorção da natureza jurídica do procedimento cautelar, que é puramente assecuratória. Além disso, parte da doutrina e jurisprudência entende que a reforma processual de 1994 (que instituiu a tutela antecipada no Diploma Processual Civilista brasileiro) revogou tacitamente a admissibilidade das cautelares satisfativas. Outros autores aduzem que as cautelares satisfativas devem ser processadas quando interesses de ordem maior estão inseridos no caso concreto. Um dos fundamentos utilizado por aqueles que admitem o processamento das cautelares satisfativas é a instrumentalidade do processo, que consiste no abandono das fórmulas exclusivamente previstas na lei, a fim de que se atinja a concretização do direito e realização da justiça. Assim, o objetivo deste trabalho é verificar a subsistência da cautelar satisfativa não obstante o advento do instituto da tutela antecipada, num estudo fundamentado na sistemática processual civil pátria e na instrumentalidade do processo. Na metodologia foi utilizado o método indutivo, com as técnicas das categorias, do referente, e da revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Processo civil. Tutela antecipada. Cautelar satisfativa. Instrumentalidade do processo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL PÁTRIA E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.....	11
2.1 Direito material e processo: considerações.....	11
2.2 A reforma do Código de Processo Civil de 1994 e o advento da tutela antecipada.....	16
2.3 A instrumentalidade do processo.....	21
3 TUTELAS DE URGÊNCIA.....	27
3.1 A tutela sumária de urgência; considerações.....	27
3.2 As medidas cautelares como forma de prestação jurisdicional emergencial e a satisfatividade.....	31
3.3 O instituto da tutela antecipada como forma de provimento jurisdicional em caráter urgente.....	36
4 A SUBSISTÊNCIA DA CAUTELAR SATISFATIVA DIANTE DO INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA.....	40
4.1 A fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória.....	40
4.2 A cautelar satisfativa como meio de deturpação da tutela antecipada, instituída pela reforma processual de 1994.....	43
4.3 Admissão da cautelar satisfativa: razões e fundamentos.....	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto o estudo da manutenção da cautelar satisfativa diante do instituto da tutela antecipada.

O objetivo geral deste trabalho é analisar individualmente a cautelar satisfativa e o instituto da tutela antecipada, elencar seus requisitos e aspectos específicos, correlacionando-os com a perspectiva do ordenamento jurídico vigente e o princípio da instrumentalidade do processo. Os objetivos específicos são analisar a letra da lei processual civil pátria, comparando-a com a instrumentalidade do processo, bem como estudar o cabimento da propositura das cautelares satisfativas como forma de prestação jurisdicional urgente, mediante o instituto da tutela antecipada em ações ordinárias e, por fim, verificar a subsistência da cautelar satisfativa não obstante o advento do instituto da tutela antecipada, num estudo fundamentado na sistemática processual pátria e na instrumentalidade do processo.

Para tanto, principia-se, no Capítulo 1, tratando-se da inserção da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro pela reforma processual de 1994, e da instrumentalidade do processo como fundamento para a manutenção das cautelares satisfativas.

O Capítulo 2 será dedicado ao estudo da tutela antecipada e da cautelar satisfativa enquanto espécies do gênero tutela de urgência, traçando-se um paralelo entre ambas, bem como elencando as proximidades e distanciamentos de seus conceitos finalísticos.

No Capítulo 3, derradeiramente, analisar-se-á os principais posicionamentos doutrinários sobre o problema central do trabalho, qual seja, a substância da cautelar satisfativa diante do instituto da tutela antecipada.

Para a presente monografia foram levantadas as hipóteses de admissão e processamento das cautelares satisfativas, mesmo não obedecendo os requisitos formais para sua propositura, tendo em vista o princípio da instrumentalidade do processo, que assegura a satisfação dos direitos urgentes buscados pelas partes. Não obstante desapego ao formalismo exagerado, fundado nas novas exigências da sociedade, que não pode ser vítima da inefetividade e ineficiência do processo. Ergueu-se ainda a hipótese do descabimento da propositura da cautelar satisfativa como meio urgente de obtenção da tutela jurisdicional, após a reforma processual de

1994, que introduziu o instituto da tutela antecipada no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque ambas tem a mesma finalidade, todavia não exige a primeira requisitos tão rigorosos quanto a segunda, sendo que quando admitida a cautelar satisfativa, deturpar-se-ia a tutela antecipada.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos dos argumentos que fundamentam a refutação ou confirmação das hipóteses traçadas antes do início da pesquisa.

2. A SISTEMÁTIA PROCESSUAL CIVIL PÁTRIA E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

2.1 Direito material e processo: considerações

O anseio por justiça nasce já nas mais primitivas sociedades estabelecidas, como um fenômeno garantidor da paz social na busca incessante da humanidade na instituição de um Estado paritário.

Segundo Schuch, (2009, p. 35) “referências sobre Justiça são encontradas na Bíblia Sagrada, nas aulas de Aristóteles na antiga Grécia, nas palavras de Ulpiano [...]” e o tema não envelhece. A questão, contudo, não se limita à aferição da Justiça como conduta, mas também abarca o aparato estatal criado para pacificar os conflitos sociais.

O Estado, a seu turno, não pode realizar-se como uma sociedade necessária senão pelos indivíduos que o compem. Assim, verifica-se a necessidade de uma cadeia mútua de direitos e deveres estabelecidos a ambos, a fim de que se atinja o bem público. (AZAMBUJA, 2005)

Pois sabido é, que o homem, quando submetido ao convívio com os demais, é desafiado pelos problemas decorrentes da vida comunitária, resultando na diversidade de interesses de cada um, gerando disputas entre si. (SCHUCH, 2009)

De tais embates surge a necessidade de se estabelecer regras que disciplinam a vida social. Isso se dá por meio da instituição de um ordenamento jurídico capaz de condicionar os comportamentos ao atendimento do bem comum. (SCHUCH, 2009)

A máquina estatal, portanto, fundada em preceitos ideológicos e garantias fundamentais, há de valer-se de mecanismos e instrumentos capazes de tornar eficazes seus princípios norteadores da justiça, haja vista a experiência histórica de que o ser humano, se não devidamente coagido e limitado, desvirtua-se dos valores morais socialmente estabelecidos.

Nesta senda, a Constituição da República Federativa do Brasil como lei maior que rege o Estado, confere aos cidadãos remédios jurídicos que poderão/deverão ser aplicados, quando violados ou ofendidos seus direitos, fazendo

com que, por meio dos diversos serviços de governo, reine a paz e a justiça. (AZAMBUJA, 2005)

Essa tranquilidade pública e a ordem jurídica de um Estado são estabelecidas, principalmente, por meio de normas fixadas pelo Poder Legislativo, que deverão incidir sobre as situações ou relações decorrentes do convívio social que necessitam do controle e da repressão estatal. (THEODORO JUNIOR, 2008)

Referidas normas, no momento em que agrupadas, constituem nosso ordenamento jurídico, este que, por sua vez, concede “os direitos” dos cidadãos, delimitando a pretensão de um em relação ao outro, ao passo que a coletividade, na busca do bem comum, obedece o comando da ordem jurídica objetivando alcançar a paz social. (THEODORO JUNIOR, 2008)

Concebido por estes preceitos normativos, o direito atua como um elemento equacionador da vida social, caracterizando o senso de justiça como um atributo próprio da natureza humana, que necessita relacionar-se com seus pares para a formação da sociedade. (SCHUCH, 2009)

Diante da evolução da sociedade como um todo, inconcebível seria presumir-se que com o transcorrer dos tempos, o homem se autolimitaria em detrimento do bem comum e da paz social, tendo em vista que o seu próprio redor o faz pensar e agir de maneira diferente, sendo tal atitude justificável diante da selvagem disputa que o ser humano é submetido durante sua vida.

Acerca da importância do Direito para a organização social, destaca-se o seguinte trecho:

[...] Onde o Direito for menosprezado ou eliminado, ficando em seu lugar a força econômica, militar ou qualquer outra - a ordem que se estabelecer será necessariamente rígida, inflexível, e por isso mesmo contrária à própria natureza humana, sendo, inevitavelmente, incapaz de durar por muito tempo. A ausência do Direito significa indefinição da organização social e, conseqüentemente, insegurança para os indivíduos e grupos sociais. (AZAMBUJA, 2005, P. 325, *apud* DALLARI, 1980, p. 03)

O direito, por intermédio da atividade jurisdicional, apresenta-se como uma das principais vias pelas quais se atinge o controle social, e este, por sua vez, consubstancia-se num conjunto de instrumentos disponíveis à sociedade para que ela então, supere os conflitos que lhe são próprios. (CINTRA et al. 1991)

A jurisdição, portanto, é uma atividade monopolizada pelo Estado, sendo este o único apto a exercê-la, observando para tal a legislação pertinente. Legislação esta que prevê, quando e em quais oportunidades, o jurisdicionado pode

utilizar-se daquela atividade, e quando for utilizá-la, qual a forma que deverá ser observada para sua efetivação.

Quando verificada a existência de um conflito gerado pela insatisfação de uma das partes, o direito impõe que se busque a figura estatal, em razão de ter atribuído unicamente para si a função jurisdicional, que nesse caso se materializa na pessoa do juiz, o qual intervirá na causa ditando a vontade da lei aplicável ao caso concreto. (CINTRA et al. 1991)

A figura estatal realizada na pessoa do juiz, proporciona àqueles que inseridos num conflito, recebam do Estado a solução para tal, utilizando-se do aparato normativo aplicável ao caso que lhe bateu à porta para dar fim ao litígio posto em debate.

Contudo, a atividade jurisdicional é realizada somente diante de um impulso dado por quem entende ter um direito violado e quando defrontada com um litígio, caracterizando-se, portanto, o interesse em instaurar-se a relação processual (THEODORO JUNIOR, 2008)

Humberto Theodoro Junior (2008), disserta sobre o tema:

Para que haja, outrossim, a lide ou litígio é necessário que ocorra “um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”, conforme a clássica lição de Carnelutti. É que muitos conflitos existem sem que cheguem a repercutir no campo da atividade jurisdicional. Se, por qualquer razão, uma parte, por exemplo, se curva diante da pretensão da outra, conflito de interesses pode ter existido, mas não gerou litígio, justamente pela falta do elemento indispensável deste, que vem a ser a resistência de um indivíduo à pretensão de outro. (JUNIOR, 2008, p. 41),

O Estado de Direito, após considerável aperfeiçoamento e evolução, conforme já exposto acima, assumiu o encargo de atender os anseios judiciais de seus membros, tomando para si o dever da prestação jurisdicional, na forma da Justiça Pública, que aplica o que é editado pelo Poder Legislativo, compelindo por meios diversos o cidadão a cumprir o comando legal. (THEODORO JUNIOR, 2008)

A atividade jurisdicional prestada pelo Estado tem o dever de tutelar o direito material, outorgando-lhe efetividade, ao passo que o procedimento e as técnicas processuais estabelecidas pelo legislador devem ser observados pelo juiz, na condição de “direitor do processo”. (MARINONI, 2008)

O direito material, ao se ingressar com o processo, transforma-se em expectativa, fundada em supostos direitos, essencialmente porque a técnica procedimental deve estar estruturada de maneira hábil a tornar possível a outorga

das tutelas prometidas pelo direito material. (ARENHART et al. 2008)

Inexistem instrumentos capazes de fazer com que o direito material atue solitariamente diante de uma situação de descumprimento de determinada norma jurídica ou do inadimplemento da determinada obrigação, sendo que aquele que se interessar em restabelecer a harmonia rompida pelo descumprimento ou pelo inadimplemento deverá provocar a tutela jurisdicional. (WAMBIER, TALAMINI, 2010)

O legislador, visando levar a cabo o atingimento do direito material, editou um conjunto de normas que disciplinam os procedimentos a serem adotados para que efetivamente e legalmente se alcance tais direitos, sendo que tais normas regem quanto à forma pela qual se deve garantir a prestação jurisdicional.

Tal ramo do direito disciplina as regras de natureza processual, normas estas destinadas à regulamentação da atividade característica da jurisdição, na medida em que é por intermédio do processo que se consegue dar rendimento à norma jurídica de direito material, ocorrendo de tal “relacionamento”, a instrumentalidade do segundo diante do primeiro. (WAMBIER, TALAMINI, 2010)

Em apertada síntese, podemos considerar que o escopo pacificador do Estado é de ordem jurídica, sendo que a sua capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas denomina-se jurisdição. Tal atividade apenas se realiza, conforme já mencionado acima, quando provocado o exercício da função jurisdicional, que por sua vez atua através de um instrumento chamado processo. (CINTRA et al. 1991)

O processo é o conjunto de atos pelos quais as partes tem a garantia da legalidade e da imparcialidade do exercício da jurisdição, por obedecer este requisitos formais que ditam como a sucessão destes atos deve acontecer. (CINTRA et al. 1991)

Portanto, tudo aquilo que é tutelado pelo direito material é, de certa maneira, repassado ao direito processual, de modo que essas duas esferas do ordenamento jurídico acabam por interligarem-se, fomentando-se mutuamente, sendo que a concepção de jurisdição não deve limitar-se a conclusão de que o processo é único responsável pela proteção que deve ser conferida aos direitos, mas sim como verdadeiro viabilizador de tal fim. (MARINONI, 2008; BUENO, 2009)

Luiz Guilherme Marinoni pontua:

O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e

viabilizar uma ação. O processo é o instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição. É o modo legal que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão.

[...]

Por tudo isso o procedimento tem de ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e está de pelo acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais. (MARINONI, 2008, p. 465)

Acerca da natureza das normas, é a lição de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2010, p. 43):

Uma das formas de classificar os diversos ramos do Direito consiste em dividi-lo em dois grandes grupos: direito material e direito processual. Regra Geral, é possível afirmar que todas as normas que criam, regem e extinguem relações jurídicas, definindo aquilo que é lícito e pode ser feito, aquilo que é ilícito e não deve ser feito, constituem-se em normas jurídicas de direito material. Tratam estas normas das relações jurídicas que se travam no mundo empírico, como, por exemplo, as regras que regulam a compra e venda de bens, ou disciplinam o modo como deve ocorrer o relacionamento entre vizinhos, ou como se opera um negócio no âmbito financeiro etc. Trata-se de regras que, em resumo, regulam as relações jurídicas em geral (o dia a dia dos negócios jurídicos, por exemplo), excluída a matéria relativa à disciplina dos fenômenos que se passam no processo, inclusive da relação processual base.

Estas últimas, que tratam da disciplina processual, da forma como se fará a veiculação da pretensão, com vistas à solução da lide, tem conteúdo nitidamente vinculado àquilo que acontece em juízo, isto é, quando o litígio chega ao Poder Judiciário (ou, se for o caso, quando celebra compromisso arbitral) sob a forma da lide. Estas também proporcionam a criação, modificação e extinção de direitos e obrigações. A diferença está em que lá, nas normas de direito material, há disciplinas das relações jurídicas travadas nos mais diferentes ambientes (familiar, negocial, etc.), ao passo que aqui, no que diz respeito às normas de direito processual, são disciplinados os fenômenos endoprocessuais (que ocorrem dentro do processo) e a própria relação jurídica em que consiste o processo.

Pode-se constatar assim que, o direito processual civil, malgrado tenha feições próprias, deve servir a aplicação concreta do direito material. O direito processual civil é o garantidor do direito material. Sob este enfoque, o direito processual civil desempenha a finalidade de instrumento do direito material. (BUENO, 2009)

Leciona sobre o tema Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 321) que “é preciso compreender que não é tão grande como se pensou a distância entre o processo e o direito e que o primeiro, tocados pelos ventos da instrumentalidade bem compreendida, acaba por aperfeiçoar as exigências deste”.

Em sendo o processo civil o instrumento garantidor do direito (material), aquele deve realizar-se por meio de tutelas ordinárias, quando a cognição

exauriente está apta a prestar a adequada tutela jurisdicional, e de tutelas diferenciadas, quando a investigação plena não for capaz de conferir tempestivamente a tutela jurisdicional, em razão da vastidão de casos concretos que chegam ao Poder Judiciário.

Dentro do contexto das tutelas diferenciadas, encontram-se as tutelas de urgência. Estas, por sua vez, constituem um gênero dentro do qual se inserem duas espécies: a tutela antecipatória e a tutela cautelar, objetos do presente estudo.

2.2 A reforma do Código de Processo Civil de 1994 e o advento da tutela antecipada

Assim como a evolução da sociedade exigiu a construção de um aparato estatal capaz de solucionar os conflitos sociais, a continuidade desta evolução exigiu, de igual forma, que aquilo que havia se criado para pacificar as pretensões resistidas sofresse modificações para melhor amoldar-se à realidade social.

A necessidade da reforma processual civil ocorreu em razão das sentenças definitivas proferidas ao fim do longo processo ordinário não mais proporcionarem aos jurisdicionados resposta efetiva e adequada às suas pretensões judiciais.

É a lição de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 20) acerca do assunto:

As Reformas do Código de Processo Civil tiveram como objetivo central a aceleração da tutela jurisdicional e, como postura metodológica predominante, a disposição a liberar-se de poderosos dogmas plantados na cultura processualística ocidental ao longo dos séculos.

O Estado, quando atribui unicamente para si o exercício jurisdicional, proibindo a autotutela deveria garantir a efetividade de suas decisões, permitindo assim, que a proteção jurisdicional fosse oportuna, adequada e efetiva, como se a satisfação da obrigação tivesse sido cumprida espontaneamente. (WAMBIER, TALAMINI, 2010, p. 380)

Afirma ainda sobre o tema Luiz Guilherme Marinoni (2008, p, 25):

O Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos. O processo, pois,

como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se o agir privado não estivesse proibido.

Sob este prisma, se o Estado proibiu ao particular a autotutela, pode-se afirmar que ele assumiu a tarefa de prestar a tutela jurisdicional de forma adequada, sendo que a não realização desta implicaria na própria negação daquela tutela que o Estado se obrigou na oportunidade em que atribuiu para si o monopólio da jurisdição. (MARINONI, 2008)

Sob o enfoque desta premissa é que a legislação processual requer constantes alterações, sob pena de a prestação jurisdicional não mais cumprir o fim ao qual foi destinada, qual seja de solucionar tempestiva e efetivamente os casos conflituos levados à juízo, não atendendo assim o preceito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O aspecto constitucional do direito à tutela antecipada encontra-se previsto no artigo 5.º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, consagrado pelo princípio da inafastabilidade.

Referido texto constitucional, através da seguinte disposição, assegura “uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça”, servindo de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente preste a devida tutela jurisdicional. (MARINONI, 2008, p. 134)

O princípio da inafastabilidade encontra-se indissolúvelmente ligado ao devido processo legal, este último que não deve ser apenas pensado como observância à vários outros princípios constitucionais, mas também como direito à tutela jurisdicional adequada às necessidades do direito material. (MARINONI, 2008)

Conferindo a Constituição da República Federativa do Brasil a qualquer cidadão o direito de socorrer-se ao Estado quando evidenciada a ocorrência de uma situação de lesão a direito, pleiteando tutela, ao próprio Estado cabe oferecer uma resposta à pretensão do cidadão, não implicando necessariamente em acolhimento de tal pedido, mas sim de decidir o pedido num prazo razoável por meio de um justo e adequado processo. (DESTEFENNI, 2006)

Conforme lição de Marcos Destefenni (2006, p. 308), “O termo tutela vem sendo empregado pela doutrina para significar a proteção a uma situação da vida que alguém postula em juízo”.

O Estado, no cumprimento de sua função jurisdicional, dispõe de um sistema de tutelas diferenciadas de modo a proporcionar às pessoas um processo

sem dilações indevidas e uma prestação jurisdicional eficiente, entendendo-se assim o menor consumo de tempo possível para tal. (DESTEFENNI, 2006)

Encontrando-se o direito à adequada tutela jurisdicional garantido constitucionalmente, cabe ao legislador infraconstitucional adaptar o sistema processual de modo a proporcionar uma efetiva tutela dos direitos, sob pena estar em desconformidade com a lei maior o sistema que não contiver modos adequados à efetiva prestação jurisdicional. (MARINONI, 2008)

Assim, os casos que requerem maior urgência na prestação jurisdicional devem restar lastreados por uma marcha processual mais célere, não podendo o direito de quem o pleiteia perecer diante da inaptidão do sistema processualístico que deu ritmo ao processo.

Determinadas situações de direito substancial, somente se compatibilizam e concretizam o direito à adequada tutela jurisdicional, quando submetidas ao instituto da tutela antecipatória como forma de prestação jurisdicional urgente. (MARINONI, 2008)

Tais situações são aquelas as quais a pretensão resistida do autor demanda do Estado certa urgência na prestação jurisdicional, urgência esta que as vias ordinárias e a investigação plena fatalmente não disporiam, acarretando em substancial prejuízo ao detentor do direito.

O motivo determinante que levou o legislador a estabelecer a tipologia da jurisdição entre conhecimento, execução e cautelar, resultou da concepção de que somente a sentença proferida após exauriente cognição era ato capaz de por fim a demanda, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor. (CASTAGNA, 2008)

De fato, houve uma tendência na doutrina processual em considerar como solução mais justa ao litígio aquela que obedecia ao procedimento ordinário, este entendido como procedimento padrão, por permitir o amplo contraditório e a ampla discussão da matéria *sub judice*. Contudo, no decorrer da história e da evolução da sociedade, viu-se que a decisão judicial proferida após cumpridas todas as etapas que processo ordinário requeria, muitas vezes não mais era efetiva. (DESTEFENNI, 2006)

Os exemplos práticos mostraram, ao logo dos tempos, que a prestação jurisdicional urgente (aquela que não prestigia a ampla discussão da lide) muitas vezes é mais justa que a prestação jurisdicional tradicional (fundada da ideia de um contraditório amplo e em muitos casos quase interminável), tendo em vista a maior

capacidade de elas prestarem uma tutela jurisdicional mais eficiente e efetiva do que o lento processo ordinário.

Em produzindo a tutela definitiva efeitos apenas após o trânsito em julgado, as tutelas provisórias, por sua vez, propiciam uma prestação mais célere, assegurando a efetividade e a utilidade da prestação jurisdicional principal, exercendo também, função conservativa, de modo a não comprometer a utilidade da prestação jurisdicional em decorrência do largo lapso que transcorre entre o pedido inicial e a sentença definitiva. (DESTEFENNI, 2006)

A doutrina de Marcos Destefenni (2006, p.314-315) ensina:

Assim, para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, para que se possa dizer efetivo o mecanismo estatal de solução de controvérsias, é imprescindível que o titular da situação substancial carente de proteção possa utilizar instrumento estruturado para assegurar não apenas tutela formal de seu direito, mas proteção real, ou seja, capaz de proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria.

Isso significa que a efetividade do processo depende fundamentalmente da existência de meios adequados a resolver os inúmeros problemas surgidos no plano material.

Desta maneira, conclui-se que não somente à resposta jurisdicional, mas à efetiva tutela tem o jurisdicionado direito de receber do Estado. Tal resposta, na forma do procedimento ordinário não mais se mostrava adequada às situações concretas que surgiam em juízo, sendo necessária então, a partir desta realidade a outorga por parte do Estado aos seus jurisdicionados do poder de estes utilizarem-se de técnica processual adequada ao caso concreto, sendo referidas técnicas diferentes daquelas usadas ordinariamente, tal qual a tutela antecipada. (MARINONI, 2008)

Sobre o tema disserta Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 184):

Em certos litígios marcados pela necessidade de uma tutela jurisdicional particularmente tempestiva - e assim capitulados pela lei - o juiz é dispensando de realizar uma cognição plena, ou seja, ele é autorizado a decidir com fundamento em investigações menos cuidadosas.

Pois bem, o fundamento que desobriga o juiz a realizar uma inquirição minuciosa do litígio em alteração, é a necessidade de o Estado realizar a prestação jurisdicional de maneira oportuna, sob pena de a exauriente averiguação da contenda implicar em uma resposta estatal imprópria pela sua delonga.

A lição de Wambier e Talamini (2010, p. 381) é no sentido de que “a

antecipação da tutela consiste em hipótese que o legislador processual permite que o juiz profira decisão com base em cognição não exauriente, situação absolutamente excepcional no âmbito do processo de conhecimento”.

Como forma de abrandar este ônus da demora do processo, introduziu-se ao Código de Processo Civil pela reforma de 1994, alterações que inseriam no sistema processual brasileiro a possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela, promovendo um novo instituo processual.

Referida reforma envolveu um alto grau de risco, risco este que precisava ser corrido em detrimento de um processo apto a gerar resultados mais adequados, pois, maior risco correr-se-ia se a resposta jurisdicional fosse intempestiva, advindo daí maiores injustiças do que do incorreto deferimento da antecipação da tutela. (WAMBIER, TALAMINI, 2010)

A nova redação dada ao artigo 273 do Código de Processo Civil promovida pela lei 8.952 de 1994 instituiu no ordenamento processual uma nova espécie de tutela de urgência, que permite ao magistrado, à vista de prova inequívoca das alegações do autor, antecipe no todo ou em parte os efeitos da tutela efetivamente pretendida no petitório inicial, desde que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. (CASTAGNA, 2008)

O que é antecipado pela concessão de tal medida são os efeitos executivos que seriam produzidos pela sentença ao final do processo de conhecimento e não propriamente a certificação do direito. (CASTAGNA, 2008)

A tutela antecipada tem por escopo principal a minimização dos efeitos do processo no tempo, permitindo com sua concessão, a fruição do bem jurídico pretendido sem a necessidade do trânsito em julgado, fazendo com que os efeitos prejudiciais da demora na prestação jurisdicional diminuam. (DESTEFENNI, 2006, p. 315)

Ricardo Alessandro Castagna (2008, p. 81), dissertando acerca dos motivos que ensejaram a criação desta tutela diferenciada, considerou:

Não olvidamos, como poderia ingenuidade parecer que a lentidão do processo interessa a alguns. Primeiro, porque à margem da justiça social, os grupos dominantes resolvem seus conflitos com maior efetividade mediante poder econômico, atingindo procedimentos diferenciados e dirigidos a seus interesses. Não bastasse, o abuso do direito de defesa serve de anteparo à prestação jurisdicional tempestiva, transformando o processo em instrumento de impunidade do réu que não tem razão.

Os problemas decorrentes da delonga da prestação jurisdicional são melhores repartidos quando possibilitada a antecipação dos efeitos da tutela, podendo o autor, maior sofredor do ônus da demora, obter certa dose de satisfação ao não ter que arcar com o tempo de duração do processo. (DESTEFENNI, 2006)

A tutela antecipatória visa, de modo geral, distribuir o ônus do tempo do processo e eliminar um mal que já está instalado, sendo necessário o juiz compreender que inexistem efetividade sem riscos. Porém, oportuno registrar que não são somente a ação (no sentido de agir), mas como a omissão pode causar prejuízo, sendo o juiz omissivo tão nocivo quanto àquele que julga mal. (ARENHART et al, 2008)

A reforma ainda eliminou a necessidade do uso destorcido do processo cautelar para a obtenção da tutela antecipatória. Não raras às vezes o processo registrado sob o procedimento cautelar perdia sua finalidade após deferida a liminar pretendida, por inexistir necessidade de elucidação da matéria de fato, dando suficiência à ação cautelar para resolução definitiva do mérito, tornando prescindível o ajuizamento da ação principal, pressuposto este cristalino das ações cautelares. (MARINONI, 2008)

As tutelas de urgência, portanto, são um exemplo da nova postura adotada pelo legislador no sentido de mitigar o rigor dos princípios e renunciar a certos dogmas, cujo culto obstinado geraria injustiças dentro do processo. Em contrapartida, ao assim posicionar-se, estaria ele atendendo objetivos superiores de efetivo acesso à justiça e de utilidade da prestação jurisdicional. (DINAMARCO, 2009)

É cediço que o acesso à justiça é prerrogativa constitucional muito mais ampla do que o mero significado de suas palavras, abrangendo tal princípio garantias de ordem inclusive processual, asseverando ao jurisdicionado que não são somente consiga utilizar-se da máquina judiciária, mas também auferir desta resposta eficiente.

2.3 A instrumentalidade do processo

O tentame de assegurar a efetiva tutela jurisdicional é objeto de estudo antigo da doutrina, visto que não é recente a situação de completa saturação da estrutura judiciária no Brasil. O apego extremo ao formalismo por parte dos operadores do direito é um dentre vários motivos que dão azo à atual realidade processual brasileira.

As tentativas de encontrar o diagnóstico da problemática processual (por não satisfazer a Justiça os anseios dos que vivem dela e, sobretudo dos que dela necessitam) nasceram sob a liderança de Mauro Cappelletti, idealizador de um movimento mundial que buscava a efetividade dos direitos. (DINAMARCO, 2008)

Numa breve retrospectiva história, conhecido é que o antigo sistema sincrético jurídico, que não delimitava as fronteiras entre o plano substancial e processual do ordenamento jurídico estatal, começou a ruir no século XIX, sendo que os questionamentos trazidos desta celeuma nos clarearam a ideia atual de autonomia não só da ação, mas também de seus institutos. (DINAMARCO, 2008)

A autonomia cada vez mais solidificada da ciência processual, o reconhecimento da relação jurídica processual e a identificação da atividade jurisdicional e da função técnico científica do processo, são marcos vitoriosos da ciência processual, que passou a ter subsídios próprios de coerência lógica e de harmonia. (CASTAGNA, 2008)

Tais fatores contribuíram para o atingimento de um grau satisfatório de maturidade do direito processual, sendo este alcançado plenamente após o tracejo de sua estrutura sistemática, o estabelecimento de suas premissas metodológicas, a definição de seu objeto e a sua fundação como ciência propriamente dita. (DINAMARCO, 2008)

Contudo, a busca incessante pela autonomia do direito processual civil trouxe consequências que não corresponderam ao melhor funcionamento da justiça, como sugerido pela fase instrumentalista do processo. Ao contrário, pois tais aspectos limitavam-se tão somente em depurar os estudos técnicos jurídicos, demonstrando-se o aparato estatal, para solução de conflitos, cada vez mais inócuo para cumprir sua função institucional. (CASTAGNA, 2008)

A técnica processual mostrou, portanto, que era insuficiente sua aplicação puramente com emprego de técnica jurídica, pois o normativismo exacerbado obstaculizava a efetividade da prestação jurisdicional, carecendo à sua interpretação e execução, nuances culturais e políticas hábeis a contornar o conflito judicial.

Sobre a transição entre estes períodos, leciona Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 366):

O processualista contemporâneo e atualizado vai deixando as posturas puramente técnicas e dogmáticas, que desempenharam seu relevantíssimo papel a partir da fundação da ciência do processo na segunda metade do século passado e durante a primeira deste. Tal foi a fase da autonomia do direito processual, que superou os males do sincretismo multissecular, mas que agora já cumpriu o seu ciclo de vida. Não se trata de renegar as finas conquistas teóricas desse período que durou cerca de um século, mas de canalizá-las a um pensamento crítico e inconformista, capaz de transformar os rumos da aplicação desse instrumento.

Os litígios pairavam-se cada vez sob situações oriundas da evolução da sociedade e de seus valores, situações estas ainda não vivenciadas na oportunidade da elaboração do ordenamento jurídico, fazendo com que a conjuntura formalista em evidência caísse em descrédito por não mais satisfazer a intenção primordial do processo como instrumento, que é de dirimir os sofrimentos e as desigualdades daqueles que postulam em juízo.

O choque atual vivido pelo direito processual é no sentido de que a norma não mais se amolda plenamente aos fatos sociais, deixando de consagrar o valor que pretendia juridicizar, caracterizando uma crise nos mecanismos estatais de decisão. (CASTAGNA, 2008)

Ricardo Alessandro Castagna (2008, p. 38) ainda afirma:

Em termos sistemáticos poderia ser dito que a crise social, entendida como crise de hegemonia dos setores dominantes, crise de ilegitimidade da ordem política e social e crise da matriz organizacional do Estado, traduz uma organização profundamente precária mantida pela convivência potencialmente explosiva da multidão populacional de excluídos sociais e a minoria controladora dos centros decisórios do poder na sociedade.

Constatado que o apego extremo à forma acabava por não obedecer princípios de maior valia sob o prima constitucional, tais quais o princípio do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, uma nova concepção foi tomando contorno na sistemática processual civil pátria no sentido de dar maior utilidade ao processo, mesmo que para tal fosse necessário a violação das formas.

Neste ímpeto, a interpretação cultural da norma tornou-se uma necessidade flagrante, ao passo que se foi mitigando o rigor dos princípios em detrimento da realização dos objetivos superiores a alcançar o acesso à justiça. Com esse espírito que se busca justificar a conduta de renúncia a certos dogmas

consolidados na nossa técnica processual, como meio de aniquilar as injustiças dos resultados obtidos com o processo. (DINAMARCO, 2008)

Não obstante seja o formalismo elemento indissociável do direito processual, pois confere sequência e organização à marcha processual, não se pode olvidar que quando traduzido na ideia de excesso de exigências formais, é prática condenável que vai ao encontro a efetividade do processo. (MEDEIROS, 2005)

Oportuno salientar, ainda, que tanto o formalismo excessivo quanto o informalismo desmedido, quando irrestritamente empregados acabam por deturpar os princípios constitucionais de efetiva prestação jurisdicional, porquanto tal emprego resulte no risco de distanciamento dos componentes éticos afetos os processo (MEDEIROS, 2005)

Visando modificar essa realidade de inefetividade do provimento jurisdicional, vem se tentando através das reformas do Código de Processo Civil brasileiro dar solução à problemática das formas e do formalismo, com a intenção de deformalizar a cultura dos operadores do Direito. Este aspecto formalista somente poderá ser adequadamente equacionado quando as exigências formais não forem irracionalmente exageradas, conforme preceitua a instrumentalidade do processo.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2008), é “a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual”, necessitando ser “tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos”. (DINAMARCO, 2008)

A preocupação com o resultado jurídico-substancial fez com que houvesse uma relativização do fenômeno direito-processo e um reexame finalístico do processo e de seus principais postulados, de modo a adaptá-lo aos valores sociais vigentes e conceder-lhes efetividade, eis careça de legitimidade a ciência que não corresponda aos fatos sociais. (CASTAGNA, 2008)

A legitimidade dos institutos do direito processual (entendido como conjunto de normas e princípios que regem o exercício conjugado da jurisdição, da ação e da defesa, por meio do processo) deve restar indagada quando este não mais atende aos anseios de seus destinatários, não podendo o sistema permanecer inerte diante dos fatos sociais. (CASTAGNA, 2008)

Considerando estas premissas, a ilegitimidade da ciência processual vem

se tornando efeito incontestável, haja vista a ascensão do atrofiamento do ordenamento processual diante da dinâmica social.

Acerca do tema, são os dizeres de Cândido Rangel Dinamarco (2008):

Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade a seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é hoje uma tendência universal. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às expressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade.

Para que a legitimidade do sistema processual não pereça, é preciso que este leve a efeito sua missão de cumprir integralmente toda a sua função social, política e jurídica, atingindo a plenitude de seus escopos institucionais, bem assim é preciso relativizar o binômio direito-processo, visando à libertação de velhos preconceitos formalistas para que se possa se colher maior proveito do processo. (DINAMARCO, 2008)

Por colher maior proveito do processo, entende-se por assim evitar que a forma observada (sendo esta simples meio), ganhe contornos de importância mais destacados do que a solução do próprio mérito substancial (como finalidade maior) do litígio sob julgamento pelo instrumento processual. (MEDEIROS, 2005)

É que a forma, quando irrestritamente observada, tolhe a efetividade da tutela jurisdicional, pois impede que o processo se desenvolva de uma maneira apropriada a elucidar os embates judiciais, confrontando com seu escopo precípuo, que é de realização de direitos.

A instrumentalidade do processo consiste em um pensamento fundado na percepção de que as formas constituem um instrumento que trabalha para o atingimento dos objetivos, e, em sendo tal objetivo atingido, não há como se justificar a decretação da nulidade do ato que obteve o resultado pretendido. (DINAMARCO, 2008)

Os estudos mais avançados da ciência processual na atualidade têm como motivo predominante o anseio de operacionalizar o sistema processual, colhendo-se dele toda a utilidade no sentido de proficuidade que está apto a gerar, eliminando ainda os resquícios de descontentamento oriundos das soluções tomadas que não são jurídica e socialmente legítimas. (DINAMARCO, 2008)

Colhe-se da obra de Cândido Rangel Dinamarco (2008):

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas.

Deste modo, nítida e inevitável é a necessidade de se repensar o processo de modo a evitar que a Justiça continue a caminhar em descrédito. Os dogmas, entretanto, não serão facilmente abandonados por àqueles que operam o direito, mas o desapego imoderado ao formalismo é medida que se impõe à lúdima justiça.

3 TUTELAS DE URGÊNCIA

3.1 A tutela sumária de urgência: considerações

A efetiva prestação jurisdicional somente se consolida quando a resolução das controvérsias expostas ao crivo do judiciário dá-se em tempo razoável, de modo a não causar angústia naqueles que aguardam a decisão estatal.

Os dizeres de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini (2008) ensinam que a atividade jurisdicional, quer aquela desenvolvida no seio do processo de conhecimento, quer a que se realiza no processo de execução, se destina, sempre, ao sucesso. Com isso queremos dizer que o espírito que norteia o sistema processual é o da efetividade, no sentido de que todo aquele que invoca a tutela do Estado, por meio da jurisdição, deve receber uma resposta satisfatória, pouco importando, para esse fim, que seja uma resposta de procedência ou de improcedência. Afinal, se a jurisdição é, em princípio, inafastável e indelegável, ele deve, a todos quantos da função jurisdicional precisem, uma resposta efetiva, isto é, que resolva a lide no sentido jurídico e prático.

Contudo, a técnica procedimental estatuída pelo legislador está atrelada a diversos fatores que retardam a velocidade razoável do processo, por conta da vasta quantidade de recursos admissíveis, a formalidade exacerbada da atividade judiciária, a falta de funcionários, bem como demais outros fatores que acabam por comprometer a eficácia do provimento jurisdicional. (LIMA JÚNIOR, 2011)

Como recurso para atenuar essa inextricável situação, aqueles que operam o direito e especialmente aqueles que servem à justiça devem utilizar-se de socorros jurídicos razoáveis e adequados para que, mesmo não dispondo das melhores condições e do melhor aparato, o jurisdicionado não pague pela insuficiência do Judiciário, recebendo a tutela jurisdicional de forma inefetiva.

Se a tutela jurisdicional não for dispensada em tempo conveniente, a prolongação exacerbada da espera pela tutela jurisdicional gera, além de sofrimento do jurisdicionado, a derruição da eficácia da ordem jurídica, a ausência de credibilidade das instituições jurídicas e democráticas, a elevação das despesas do erário, bem como inumeráveis outros prejuízos não só às partes, mas à sociedade,

dando azo à crise de legitimidade das instituições democráticas. (ZANON JUNIOR, 2010)

Isso porque as demandas judiciais propostas, em não raros os casos, não podem aguardar o pronunciamento final do juiz para serem solucionadas, sob pena de a pretensão inicial perecer no transcurso procedimental, sem a efetiva resolução da lide, diante da exagerada observância às normas que os operadores do direito estão submetidos, por força de lei, bem como da deficiência do aparato estatal.

Com efeito, mesmo sendo estes obstáculos verdadeira violação ao direito fundamental à razoável duração do processo, tais impedimentos não podem eximir o Estado do dever constitucional de prestar tempestivamente a tutela jurisdicional, eis direito fundamental do cidadão, incidente, inclusive, sobre os três poderes. (MARINONI, 2008)

Sobre o assunto, é a ponderação de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p.23):

Obviamente, desfazer dogmas ou ler princípios por um prisma evolutivo não significa renunciar a estes, ou repudiar as conquistas da ciência e da técnica do processo. Reserve-se sempre aos princípios político-constitucionais o seu posto de fatores responsáveis pela consistência, harmonia e legitimidade do sistema; eles são seguros *pontos de partida*, ou momentos de inserção de uma ciência na grande árvore do conhecimento humano (Reale), sem os quais sequer uma interpretação segura é possível.

Dessa maneira, com as reformas na legislação processual, vislumbrou-se uma alternativa prevista em lei para que a decisão do mérito não ocorresse por ocasião exclusiva da prolação da sentença, mas sim no decorrer do *íter* procedimental, ou até mesmo no despacho inicial, como forma de garantir a efetividade da prestação jurisdicional, sem que o aguardo à derradeira decisão tornasse-a improfícua.

Sobre o tema, é a doutrina de Ovídio Baptista da Silva (2011, p. 1);

[...] nosso direito processual não poderá rescindir, num futuro próximo, da tutela preventiva. À medida que poderemos superar os compromissos com o processo civil romano que nos foi transmitido e o racionalismo que potencializou o seu divórcio das questões existenciais, para confiná-lo num mundo conceitual; enfim, à medida que poderemos absorver os influxos do constitucionalismo moderno, compreenderemos a necessidade da tutela preventiva, para responder às exigências impostas pelo Direito, neste início de novo milênio. Pensemos nos direitos fundamentais e na proteção ao meio ambiente. Para eles a tutela repressiva será sempre insatisfatória.

As tutelas de urgência, destarte, são evocadas quando se está diante de um risco plausível de que a tutela jurisdicional não se possa efetivar quando prestadas nos moldes da cognição exauriente, apresentando-se como uma espécie de tutela apropriada e imediata para evitar a deterioração do direito do demandante.

Isso porque se qualquer litígio precisar restar deduzido em sede de cognição exauriente, ou seja, vias processuais nas quais o esgotamento das aferições probatórias é a regra, fatalmente o direito posto em debate judicial pereceria sem que houvesse resposta apta a solucioná-lo.

Atualmente, evidente é a inconstitucionalidade do processo de conhecimento tal como concebido pela doutrina chiovendiana se considerada a flagrante incompatibilidade entre um procedimento destituído de técnica processual capaz de possibilitar o efetivo prestamento jurisdicional e o direito à razoável duração do processo. (MARINONI, 2008)

Diante da necessidade da celeridade no provimento jurisdicional em casos que demandam urgência é que se possibilitou, legalmente, o manejo de remédios jurídicos aptos a conferir ao jurisdicionado uma resposta ágil do Estado (personificado pelo juiz) às suas pretensões resistidas.

Acerca da tutela jurisdicional efetiva, o procedimento e a estruturação legal do processo lecionam Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 117):

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição.

Assim, obriga o legislador a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material e, inclusive, pelos direitos fundamentais materiais, mas que não foram alcançados à distância da jurisdição. Nesse sentido se pode pensar, por exemplo, i) nos procedimentos que restringem a produção de determinadas provas ou ii) na discussão de determinadas questões, iii) nos procedimentos dirigidos a proteger os direitos transindividuais, iv) na técnica antecipatória, v) nas sentenças e vi) nos meios de execução diferenciados.

Destaca-se ainda, que a problemática da duração razoável do processo não se versa tão somente sobre os questões mencionadas acima, mas também sobre o abuso do direito de defesa do réu que, no intuito de somente protelar o momento do direito material, apresenta defesa de mérito indireta. (MARINONI, 2008)

O operador do direito, no intuito de atender aos valores residentes nos princípios do contraditório e *do due process of law*, arraigou-se a métodos extremamente formalistas que acabaram por obstruir a máquina judiciária, tornando-

a deveras morosa. (DINAMARCO, 2008)

Por tal circunstância que a tutela antecipatória, como espécie de tutela de urgência, quando deferida, oportuniza a distribuição do tempo na medida em que o autor não precisa esperar para obter a tutela do direito pretendido, após produzidas as provas acerca do seu direito material incontroverso, mesmo que o processo deva continuar. (MARINONI, 2008)

Acerca do tema, é o ensinamento de Eliana Calmon Alves (2011) de que “[...] pode haver antecipação, sem que esteja o direito a correr risco. Isto ocorre quando se antecipam os efeitos da futura sentença como espécie de castigo ao réu que abusar do direito de defesa. É a ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PUNITIVA”.

Ao mesmo passo, a tutela cautelar, também como espécie do gênero tutela de urgência, igualmente se destina a dar efetividade à jurisdição e ao processo, atuando de maneira protetiva ao direito de um direito aparentemente submetido a perigo de dano iminente, sempre marcada pela característica da provisoriedade, visando assegurar o direito, e não realizá-lo, escopo este reservado à tutela antecipatória. (ARENHART et al. 2008)

Vencida a curta introdução acerca da efetiva prestação da tutela jurisdicional e a duração razoável do processo, urge identificar os instrumentos definidos pela sistemática processual civil pátria para o atingimento da racionalização da distribuição do tempo do processo.

Tamanha é a necessidade e importância da agilidade da prestação jurisdicional, que foi inserido no texto constitucional o inciso LXXVIII do artigo 5º, a razoável duração do processo no rol das garantias fundamentais, com o escopo de mudar a natureza de lentidão histórica instalada na justiça pátria. (ZANON JUNIOR, 2010)

Tal inserção, realizada por meio da emenda constitucional número 45, de 8 de dezembro de 2004, veio corroborar ainda mais com os anseios de maior celeridade ao processo já vislumbrados na década anterior, ocasião em que houve expressiva reforma nas normas processuais, objetivando eliminar do processo os obstáculos que o tornavam falho.

Na busca da efetiva prestação jurisdicional, é que se identificaram os pontos críticos e pensou-se numa melhor maneira de exercer a atividade jurisdicional, criando-se para tanto reformas no ordenamento processual civil pátrio. Referidas reformas, em sua maioria ocorrida na década de noventa, oferecia uma

proposta desburocratizante, tendo como pilar o trinômio simplificação, agilização e efetividade do processo. (FIGUEIRA JÚNIOR, 2009).

Por assim dizer, o histórico dos tribunais mostrou que a atividade jurisdicional, se não repensada e reformulada, iria marchar rumo à falência. Pois o cotidiano cada vez mais dinâmico dos jurisdicionados não mais comportava aguardar decisões proferidas ao tempo que o direito posto em debate já perecera.

Nesse sentido, analisam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 52):

Ademais, a necessidade de maior celeridade de tutela aos direitos, advinda das características dos “novos direitos” e das relações jurídicas próprias à sociedade contemporânea, colocaram em xeque o processo civil clássico – destituído de técnica antecipatória e de sentenças diferentes das declaratórias, constitutivas e condenatórias - evidenciando a imprescindibilidade da adaptação do sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade, o qual era impotente para o alcance da antecipação da tutela final.

Cumprido por oportuno salientar que, o que se almeja não é um irracional culto à forma nem o desapego total aos preceitos estabelecidos nas normas processuais, posto que se assim for, a organização do sistema, a boa ordem processual e a segurança jurídica padecerão de constantes riscos. O que se objetiva é a releitura dos princípios, e não sua renegação. (DINAMARCO, 2008)

Com essa percepção que os processualistas robusteceram a ideia de rápido provimento jurisdicional, criando, através de reformas e posicionamentos jurisprudenciais sedimentados, institutos hábeis a conferir a rapidez almejada, característica esta indissociável da própria atividade jurisdicional, sem, contudo, ferir a ciência da sistematização.

3.2 As medidas cautelares como forma de prestação jurisdicional emergencial e a satisfatividade

Conforme discorrido anteriormente, as medidas cautelares, via de regra, tem natureza provisória, e se destinam a assegurar a efetividade de um direito que apresenta perigo de dano iminente, reservando-se a dar efetividade ao processo no qual será discutido o direito em si.

“Tal modalidade presume que a situação tutelável esteja exposta a perigo, fazendo surgir uma situação de urgência, tornando a espera pelo processo algo insustentável”. (ARENHART et al. 2008, p. 27-28)

Conforme leciona Arenhart e Marinoni (2008, p.198), em sua obra sobre o processo de conhecimento:

A inefetividade do antigo procedimento ordinário transformou o art. 798 do CPC em autêntica “válvula de escape” para a prestação da tutela jurisdicional tempestiva. De fato, a tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização do processo de conhecimento e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do velho procedimento ordinário, viabilizando a obtenção antecipada da tutela que somente poderia ser concedida ao final.

A obra individual de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 21-22) ainda preleciona que “a tutela cautelar é direito da parte, correlacionada com o próprio direito à tutela do direito. [...] Em outros termos, a jurisdição tem o dever de tutelar o direito provável (verossimilhança) – ameaçado por dano – à tutela do direito [...]”

A modalidade de jurisdição cautelar no sistema do Código de Processo Civil de 1973 se subdivide em jurisdição tipicamente cautelar, com características do processo cautelar previsto em lei, e em jurisdição satisfativa, que realiza de maneira concreta a satisfação de um direito (SILVA, 1998)

O presente trabalho visa estudar especificamente a tutela cautelar satisfativa, quando defrontada com a legislação, ganha contornos diferenciados, pois foge aos pressupostos da tutela cautelar expressamente contidos em lei.

Isso porque, conforme visto nas linhas introdutórias acima, a tutela cautelar, se fulcrada no formalismo e na observância literal da norma, destina-se puramente a dar efetividade ao processo de conhecimento no qual será discutido o direito em si, sendo deste sempre dependente, a teor do disposto no artigo 796 do vigente Código de Processo Civil, “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

Contudo, a doutrina mais moderna entende que a dependência da ação cautelar à principal, prevista expressamente no artigo 796 do Código de Processo Civil, é apenas em regra, pois não se pode ignorar que pode haver situações em que, ainda que a tutela cautelar figure como instrumento da tutela do direito, a tutela cautelar seja autônoma. (ARENHART et al. 2008)

De outro norte, a tutela cautelar é pensada pela doutrina clássica como sendo direito não da parte, mas sim do próprio Estado, pois através do processo

cautelar, garantir-se-á a seriedade e a utilidade da função jurisdicional. Todavia, o equívoco de tal posicionamento encontra-se na ideia de que a parte apenas tem direito de obter a tutela jurisdicional ao final do processo. (ARENHART et al. 2008)

Destefenni (*apud* CHIOVENDA, 2002, p. 34) definiu a atividade jurisdicional como sendo:

[...] a função do estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva [...]

Da lição do clássico processualista, colhe-se seu entendimento de que, criar diferente viés para a interpretação do texto legal afronta, sobremaneira, a função jurisdicional do Estado, que deve atuar de acordo com a vontade concreta da lei. Em não prevendo a lei a modalidade da tutela cautelar satisfativa, esta se caracterizará como sendo uma deturpação.

Hodiernamente, diante da incessante busca pela efetividade da jurisdição, o aplicador da lei busca preocupar-se não tão somente com a estrita observância das normas legais, como no passado se entendia como a melhor maneira de operar o direito. Esta ideia tem tornado-se cada vez mais ultrapassada pelos princípios da instrumentalidade, celeridade e efetividade.

A instrumentalidade do processo é um princípio extremamente amplo, e tem escopos de ordem social, política e jurídica. De um modo geral, a instrumentalidade visa, dentro do processo, conduzi-lo a uma visão de, conforme lição de Dinamarco (2008, p. 178), “instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos”.

O objetivo eleito, portanto, é a pretensão objetiva da parte ao intentar uma demanda judicial. De tal sorte que, sendo o processo um “instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos”, não pode ser ele mesmo um obstáculo aos objetivos do e ao direito do jurisdicionado.

Quer-se dizer com tal premissa que, as questões meramente processuais, que dizem respeito às formas empregadas na elaboração do pedido, não devem obstaculizar à tutela ao direito pretendido, sob pena de o processo aniquilar a si mesmo.

Desta maneira, em razão do posicionamento jurisprudencial, o desejo da parte deve ser apreciado ainda que materializado numa via procedimental

inadequada, atendendo assim à já consagrada instrumentalidade do processo.

Assim, em se tratando de tutela de urgência, o pedido essencialmente liminar que deveria ter sido pleiteado na forma de tutela antecipada e, no bojo do processo cognitivo, porém restou deduzido em sede cautelar, deve, salvo hipóteses de vício flagrante, ter o mérito examinado pelo juiz.

Em se admitindo tal fungibilidade, eventual deferimento do pedido fatalmente acarretará na satisfatividade deste, afastando-se assim uma das principais características essenciais da tutela cautelar, qual seja, a dependência do processo principal.

Sobre esta particularidade, a doutrina de Arenhart e Marinoni (2008, p. 23) concebe que “A tutela cautelar assegura a *tutela* de um direito *violado* ou, em outro caso, assegura uma situação jurídica tutelável, ou seja, uma situação jurídica a ser tutelada através do chamado processo principal”.

Portanto, a admissão da cautelar satisfativa, para alguns doutrinadores, fica tacitamente inviável, uma vez que estes sustentam que a tutela cautelar, apesar de ganhar contornos autônomos, tem na sua essência o escopo de assegurar uma situação jurídica discutida no processo principal.

Diante desta conclusão, conceber que o processo cautelar tenha fim em si mesmo, ou seja, admitir que a decisão nele proferida prescindia de ajuizamento do processo principal acarreta numa modalidade de tutela ainda não tipificada em lei, mas cada vez mais aceita pela doutrina e repetida nos nossos tribunais, qual seja, a tutela cautelar satisfativa.

A satisfatividade da tutela cautelar, conforme mencionado acima, por sua própria natureza dispensa o ajuizamento da ação principal, ferindo desta maneira, a expressa determinação contida no artigo 806 do Código de Processo Civil que assim dispõe: “Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

De acordo com alguns exemplos já explanados, uma parte da doutrina nega veementemente a existência de uma tutela cautelar satisfativa, pois entende que o processo cautelar pode apenas decidir questões meramente preventivas, cabendo à tutela antecipada o respectivo julgamento satisfativo. Este é o posicionamento de Marcos Destefenni (2002, p. 203) em “Natureza Constitucional da tutela de urgência”.

Segundo os dizeres do autor, a tutela cautelar tem a finalidade de “assegurar a eficácia dos outros processos. [...] Com efeito, o processo cautelar existe para garantir, dentre outras coisas, a efetividade, a utilidade das demais formas de prestação jurisdicional”, pontuando, ao fim, que “no processo cautelar típico, a prestação jurisdicional não é definitiva e também não é satisfativa”. (DESTEFENNI, 2005, p.206)

O surgimento das cautelares satisfativas deu-se por conta de uma lacuna deixada pelo legislador, ao somente prever no texto legal a tutela antecipada, excepcionalmente, para a satisfação de alguns direitos, tutelados por procedimentos especiais, como no exemplo das ações possessórias, mandado de segurança, ação de alimentos e etc. (BRAGA et al. 2009)

O desvirtuamento da ação cautelar iniciou a partir do momento em que passou a se utilizar na prática forense o poder geral de cautela, formalizado, evidente, sob o rito cautelar, para conceder medidas antecipatórias que não àquelas previstas em lei. (BRAGA et al. 2009)

Com essa prática, as “cautelares satisfativas” eram concedidas, e ainda são em alguns tribunais, observando para tal os pressupostos da própria tutela cautelar, quando na verdade, se tratava a espécie de antecipação da tutela, medida mais gravosa que requer observância de requisitos mais rigorosos estabelecidos pelo legislador como forma de atenuar o risco de sua concessão baseada em cognição não exauriente.

Acerca do tema, colhe-se do ensinamento de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 466):

Se de um lado poderia ser encarada como um desvirtuamento da técnica processual, de outro o surgimento jurisprudencial das “cautelares satisfativas” serviu como demonstração da *força normativa* do princípio da adequação: diante de um sistema inadequado para a tutela dos direitos em situação de urgência ou evidência, o Poder judiciário viu-se na contingência de “adequar” a legislação processual e sanar a lacuna legislativa; e, neste último aspecto, tiveram essas “ações” um papel destacado no desenvolvimento da tutela de urgência no direito processual brasileiro e na remodelação do tratamento legislativo da matéria.

Por conseguinte, a tutela cautelar satisfativa ainda é matéria controvertida na doutrina, primeiro por causa dos valores jurídicos de cada autor, sendo uns mais formalistas do que outros, e segundo, por haver previsão na nossa legislação processual de um instituto jurídico capaz de oferecer ao jurisdicionado o provimento

satisfatório sem adular a lei, qual seja, a tutela antecipatória.

3.3 O instituto da tutela antecipada como forma de provimento jurisdicional urgente

A prática forense já há muito havia constatado a necessidade de uma tutela jurisdicional mais efetiva, no intuito de antecipar aquilo que o provimento final concederia. Contudo, o meio pelo qual tal provimento estava sendo pleiteado não era o mais adequado. Os pleitos de caráter urgente estavam, e estão até nos dias de hoje, sendo deduzidos, irrestritamente, em sede cautelar, modalidade processual não mais indicada para tal.

“Exatamente o uso da tutela cautelar com fins satisfativos foi o que levou o legislador a introduzir no Código de Processo Civil brasileiro a norma contida no artigo 273 do referido diploma legal”. (ARENHART et al. 2008, p.199)

É a letra da referida norma:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 2002)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 2002) (BRASIL, 2011)

As alterações introduzidas no Código de Processo Civil, com a inserção do instituto da tutela antecipada, ocorreram em prol apto a gerar resultados mais adequados. Todavia, o legislador correu certa dose de risco ao fazer a referida introdução, e como maneira de atenuar esse risco, foram categoricamente estabelecidos pressupostos no corpo do artigo. (ALMEIDA et al. 2006)

Em que pese o instituto da tutela antecipada não ser totalmente novidade, uma vez que já aparecia em algumas espécies no direito brasileiro, foi o artigo 273 que promoveu uma verdadeira revolução no direito processual civil, generalizando as hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela, antecipando para o início da lide os efeitos que seriam gerados por ocasião única da sentença de mérito. (ALVIM, 2008)

Dessa maneira, a antecipação dos efeitos da tutela pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, sempre que preenchidos os requisitos estabelecidos pela lei, como forma de mitigar os efeitos danosos produzidos pela falta de celeridade no andamento do processo, distribuindo entre as partes o ônus de tal demora. (ARENHART et al. 2008)

A demora na prestação da tutela jurisdicional tem reflexos diretos na previsão constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional. Daí porque também se estabelece raízes de natureza constitucional na tutela antecipada. Em não admitindo o Estado a autotutela (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil), deve ele garantir a efetividade de suas decisões. (ALMEIDA et al. 2006)

Acerca do prisma constitucional do fenômeno da tutela antecipada, é a doutrina de Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 66):

Essas medidas prestigiam o princípio da efetividade do acesso ao Judiciário, mas, por outro lado, não deve em linha de princípio, gerar situações irreversíveis, para que seja resguardado o direito à bilateralidade da audiência e à ampla defesa, preservando-se assim o devido processo legal. Por outras palavras, se o devido processo legal enseja um acesso pronto e efetivo ao Judiciário, no que está implicada resposta pronta e efetiva desta, não é menos verdade que esse mesmo princípio (do devido processo legal) também exige que a bilateralidade da audiência e a ampla defesa sejam adiadas o mínimo possível. Daí ser correto falar, como já o dizemos, que o juiz, ao antecipar os efeitos da tutela em casos urgentes, deve balizar-se pelo princípio da proporcionalidade, que deve nortear o modo e a forma da medida concedida. Preceito de teor similar se encontra na disciplina das “disposições gerais” sobre as medidas cautelares (capítulo I do Título Único do Livro III do Código de Processo Civil), mais especificamente no art. 805.

O referido autor também pontua que, se a Constituição da República Federativa do Brasil garante o acesso à justiça, inclusive quanto à ameaça de lesão (artigo 5º, inciso XXXV), é cediço que em não raros os casos, a suscitada “ameaça de lesão” precisará ser obstaculizada por meio de um provimento jurisdicional emergencial, como é o caso da antecipação da tutela. (ALVIM, 2009)

O dispositivo constitucional que assegura o amplo e irrestrito acesso à justiça vem obtendo, modernamente, entendimento de que não basta o mais amplo acesso ao poder Judiciário, pois tal acesso deverá ser amplo, irrestrito e efetivo. (ALVIM, 2009)

Daí mais um elemento que corrobora com a tese da natureza constitucional da tutela antecipada, pois o efetivo acesso ao poder judiciário, de acordo com o já amplamente explanado no primeiro subtítulo deste capítulo, requer que a prestação jurisdicional, além de justa, seja tempestiva e eficaz. Isto implica em dizer que o pedido que demande urgência, se com urgência não for atendido, perecerá.

Nas linhas introdutórias sobre a tutela de urgência, viu-se que a efetiva prestação jurisdicional não era alcançada se o processo civil brasileiro caminhasse unicamente dependente da tutela ordinária de cognição exauriente. Diante desta premissa, compreende-se a necessidade de o legislador instaurar procedimentos mais céleres capazes de diminuir os efeitos do tempo de duração do processo.

Com a edição do referido artigo, tendo sido a este posteriormente acrescido alguns parágrafos, o legislador buscou fazer com que estivesse expressamente contido na lei, um dispositivo capaz de autorizar a antecipação dos efeitos da tutela em sentido literal, fazendo assim com que não houvesse a deturpação do instituto da tutela cautelar por força dos usos e costumes.

Não tão somente isto, o legislador também ofereceu aos jurisdicionados mais uma oportunidade destes pleitearem seus direitos ameaçados e obterem uma resposta mais célere para o seu caso urgente, verdadeiramente antecipando o provimento final e possibilitando a respectiva execução provisória.

Nos dizeres de Almeida, Talamini e Wambier (2006, p. 304) em obra sob organização deste último, a “tendência vem sendo, ao longo do tempo, e principalmente nos últimos 40 anos, a de criar meios para que o processo possa gerar resultados mais rapidamente”.

Isso porque a tutela antecipatória confere ao autor aquilo que ele almejaria obter com o provimento final, qual seja, a sentença. A tutela antecipatória, embora possua a provisoriedade como característica, não tem caráter instrumental, como na tutela cautelar, pois não é instrumento pelo qual se visa assegurar a utilidade da tutela final. (ARENHART et al. 2008)

Ainda que seja a concessão da antecipação dos efeitos da tutela passível de revogação a qualquer momento, dado o seu caráter provisório, ela satisfaz a pretensão autoral liminarmente, pretensão esta que é a mesma almejada quando da prolação da decisão final da lide. (ALMEIDA et al. 2006)

O momento oportuno para o requerimento da concessão dos efeitos da tutela é aquele no qual o autor entender configurada a situação de risco, não necessitando estar deduzido exclusivamente na peça inicial, podendo surgir no curso do processo, por petição intermediária. Portanto, a tutela antecipada, pode restar postulada em qualquer fase processual, sendo imprescindível, no entanto, que o elemento urgência, se faça presente na ocasião. (ALVIM, 2008)

A apreciação do pedido de tutela antecipada, deve estar baseado numa cognição sumária, o que significa que o juiz deve ter um conhecimento superficial dos fatos, de modo que a cognição exauriente e o conhecimento aprofundado dos fatos fatalmente implicariam na delonga do seu pronunciamento. Essa possibilidade do juiz decidir sem que esteja formada a cognição exauriente, advém da certeza de que, se assim não proceder, admitir-se-ia verdadeira negativa de prestação jurisdicional. (ALVIM, 2008)

A inquestionável importância deste instituto processual dimana dos preceitos constitucionais mais gerais, preceitos estes basilares do direito brasileiro, insculpidos no artigo 5º da Constituição, que consolida as prerrogativas do nosso Estado Democrático de Direito.

É o ensinamento de Eduardo Arruda Alvim (2009, p. 28) sobre o tema:

A antecipação da tutela é, como anunciado, um instituto que visa assegurar um acesso efetivo ao Judiciário, quando haja o perigo de perecimento do direito, se não houver proteção pronta (na hipótese do inc. I do art. 273). Deita suas raízes no princípio do devido processo legal e no disposto no inc. XXXV do art. 5º, que consagra o princípio da ubiquidade. É intimamente relacionada ao art. 1º do Texto Constitucional, que dispõe ser o Brasil um Estado Democrático de Direito.

Desta maneira, tem-se que a tutela antecipada surgiu no ordenamento jurídico pela reforma processual de 1994, tendo como alicerce para sua instituição,

além da observância ao princípio constitucional da efetiva prestação jurisdicional, também a necessidade de a legislação processual prever uma modalidade de tutela jurisdicional urgente que antecipasse literalmente os efeitos da sentença.

Com o advento do instituto, concedeu-se ao jurisdicionado mais uma forma de obter a resposta jurisdicional adequada ao seu direito ameaçado por perigo de dano iminente, bem como instituiu-se no ordenamento jurídico processual um modelo de tutela de urgência que, na sua falta, estava sendo deduzido em sede cautelar, de maneira viciosa, haja vista o caráter essencialmente assecuratório desta categoria procedimental.

4 A SUBSISTÊNCIA DA CAUTELAR SATISFATIVA DIANTE DO INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA.

4.1 A fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória

De início, importante definir que o princípio da fungibilidade é uma manifestação doutrinária e jurisprudencial que prega pelo aproveitamento de um ato processual pelo outro, mesmo que eivado de defeitos. Os atos processuais indevidamente praticados devem restar aproveitados, desde que não contaminados, conforme determina o Código de Processo Civil ao asseverar em seu texto legal que não haverá nulidade sem que haja prejuízo. (DIDIER JR, 2009)

“Metodologicamente, a fungibilidade das tutelas de urgência sugere a visão unitária destas, uma vez que compõe um grande gênero responsável por disciplinar as medidas urgentes”. (DINAMARCO, 2009)

A fungibilidade das tutelas de urgência, prevista na nova redação dada ao artigo 273, §7º do Código de Processo Civil, propõe que o juiz, para não correr o risco de negar a tutela de urgência apenas por uma questão meramente formal, admita o pedido de tutela da parte, não obstante impropriedade do rótulo adotado. (THEODORO JÚNIOR, 2009)

A redação dada ao § 7º, leva a crer que o juiz apenas está autorizado a receber como cautelar um pedido intitulado de antecipação, sendo que o inverso não se aplica.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2009), embora o reconhecimento da fungibilidade entre as tutelas de urgência demonstre flexibilização, não poderão deixar de ser atendidos os pressupostos justificadores da tutela de urgência. Ainda que eleita a via procedimento inadequada, a apreciação da admissibilidade deverá considerar a natureza da medida. (THEODORO JÚNIOR, 2009)

Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 658) pondera ainda que “se, por exemplo, se requereu medida satisfativa dentro do procedimento próprio da ação cautelar atípica, o provimento preventivo somente será deferido se presentes os requisitos do artigo. 273, e não apenas os do art. 798 do Código de Processo Civil”.

Esta consideração é feita porque os condicionamentos elencados pelo

artigo 798, do Código de Processo Civil, são menos rigorosos que os presentes no artigo 273, do mesmo diploma legal. Desta maneira, o juiz deve coibir a manobra de pleitear antecipação dos efeitos da tutela sob forma do procedimento cautelar. (THEODORO JÚNIOR, 2009)

A doutrina de Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 695) conclui sobre o tema:

Não se recomenda, todavia, um rigor inflexível na conceituação e delimitação dos dois institutos, sendo de admitir-se a fungibilidade entre as medidas de um e outro, desde que *in concreto*, se observe a existência de pressupostos legais da providência de urgência pretendida. As divergências de rito ou forma procedimental não devem impedir a outorga da tutela de urgência realmente necessária. A reforma do art. 273 do CPC filiou-se a tal corrente e a prestigiou, sem dúvida.

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini (2006, p. 36) também filiam-se ao posicionamento de que a fungibilidade é recíproca entre as tutelas cautelares e antecipatórias, asseverando que “embora a regra não o diga expressamente, as razões antes expostas evidenciam que a fungibilidade também haverá de ser reconhecida no sentido oposto – ou seja, poderá haver deferimento de tutela antecipada requerida sob forma de “medida cautelar”.

Acerca do assunto, é o entendimento de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 468), haja vista que os autores aduzem que “não se trata, rigorosamente, de um caso de *fungibilidade* entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, até, porque, conforme vimos possuem naturezas distintas [...]”.

O artigo 273, §7º, apenas autoriza que seja concedido um pedido de tutela cautelar formulado sob pedido de tutela antecipatória, tudo no processo de conhecimento. Não há que se falar em fungibilidade quando o legislador visou apenas à simplificação (BRAGA et al. 2009)

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 68-69) lecionam acerca da fungibilidade das tutelas cautelar e antecipatória:

Com efeito, o § 7º do art. 273 não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipatória. Tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (antecipatória ou cautelar).

Rogério Marrone de Castro Sampaio (2008, p. 150), por outro lado, afirma que, “[...] não há mais espaço no Direito Processual Moderno para formalismo

processual, sendo que eventual indeferimento do pedido de antecipação de tutela, sob argumento de que a pretensão, na realidade, propõe providência de caráter cautelar, seria, de todo, desarrazoado”.

Na concepção do doutrinador Eduardo Arruda Alvim (2008, p. 178), a fungibilidade tratada no § 7º do artigo 273, deve ser entendida nos dois sentidos, pois a distinção entre os requisitos da tutela cautelar e da tutela antecipatória são mais teóricos do que concretos.

Posiciona-se também nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 69), asseverando que a impressão repassada pelo texto literal do § 7º é falsa, haja vista que toda a fungibilidade possibilita o intercâmbio mútuo, em qualquer sentido. Inexiste fungibilidade de mão única, sendo característica inerente a ela a permutação recíproca.

Dinamarco (2009, p. 100-101) ainda afirma que, “as medidas cautelares e antecipatórias merecem tratamento homogêneo e visão unitária, porquanto pertencentes a um grande gênero de *medidas aceleratórias de tutela jurisdicional*”.

Como se pode observar, a fungibilidade das tutelas de urgência é matéria controvertida entre os processualistas, pois a regra insculpida no § 7º do artigo 273, do Código de Processo Civil, não demonstra clareza absoluta, o que a faz padecer de interpretações divergentes.

Porém, para a interpretação da lei processual, deve-se considerar que os dispositivos legais não possuem existência isolada, pois fazem parte de um sistema denominado ordenamento jurídico. O entendimento da lei processual exige a examinação correlacionada com as demais normas existentes. (CINTRA et al. 1991)

Outro método de interpretação da lei processual é aquele que considera o “direito como um fenômeno histórico-cultural, colocando a lei na sua perspectiva história, sob análise da realidade social deflagrada na época de sua elaboração, bem como dos anseios ensejadores de sua edição”. (CINTRA et al. 1991)

Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover (1991, p. 95), “prevalece o entendimento entre os processualistas de que as particularidades da norma processual devem ser perquiridas em observância às finalidades do processo, sua característica sistemática, e à luz dos princípios gerais do processo”.

Diante destas considerações, ainda que existam métodos para a interpretação da lei processual, a fungibilidade de “mão dupla” ainda é objeto de divergência na doutrina, fazendo com que não haja consenso na aplicação do § 7º

do artigo 273, do Código de Processo Civil.

4.2 A cautelar satisfativa como meio de deturpação da tutela antecipada, instituída pela reforma processual de 1994

As demandas judiciais que exigem urgência no provimento jurisdicional são denominadas tutelas de urgência. Dentro deste gênero, existem as espécies de tutela cautelar e tutela antecipatória. “A tutela cautelar ainda se subdivide em jurisdição tipicamente cautelar, e em jurisdição satisfativa”. (SILVA, 1998, p. 29).

A tutela cautelar satisfativa, embora não encontre previsão no texto legal para sua propositura e processamento, é utilizada e admitida pelas cortes de justiça, sendo tal admissão fundada na instrumentalidade do processo e na efetividade da jurisdição.

A satisfatividade da tutela cautelar consiste em entregar ao jurisdicionado o resultado que lhe seria entregue apenas por ocasião da prolação da sentença no processo principal, haja vista o escopo genuíno da cautelar que é de apenas “afastar situações de perigo para garantir o bom resultado” da composição definitiva da lide. (THEODORO JUNIOR, 2009, p.488)

Sabe-se que a grande luta do processualista moderno é contra o tempo, luta esta que visa assegurar a efetividade da tutela definitiva. Para tal, observou-se a necessidade de criar tutelas jurisdicionais diferenciadas, para que a entrega desta tutela definitiva ocorresse com a rapidez desejada. (BRAGA et al. 2009)

Criaram-se, então, a tutela cautelar e a tutela antecipada, que possuem pontos em comum entre si, porém nutrem diferenças substanciais, inclusive, a respeito da natureza jurídica. A primeira é uma espécie de tutela jurisdicional, enquanto a outra é uma técnica processual. (BRAGA et al. 2009)

“A dificuldade de distinção reside na presença do pressuposto da urgência (em sentido amplo) em ambas, já que elas se identificam por ter a mesma finalidade, que é de mitigar os males do tempo no processo, garantindo a efetividade da jurisdição”. (BRAGA et al. 2009)

Tanto a medida cautelar, quando a medida antecipatória, quando pleiteadas, almejam a mesma providência, que é a emergencialidade, a

sumariedade, e a provisoriedade do pronunciamento jurisdicional. Substancialmente, o que as tornam distintas, é o caráter assecuratório da tutela cautelar, enquanto a tutela antecipada realiza de imediato a pretensão, possuindo, assim, caráter satisfativo. (THEODORO JÚNIOR, 2009)

A doutrina dá o seguinte exemplo:

Se duas pessoas brigam por um pedaço de carne, e uma delas pede ao magistrado que o ponha na geladeira, para que o vencedor possa usufruir do alimento ao final do processo, é requerer uma providência cautelar (assegura para efetivar no futuro); se o pedido for para extração de um “bife”, para propiciar alimentação imediata, estar-se-á diante de uma tutela antecipada atributiva. (BRAGA et al. *apud* CAYMMI, 2009, p.461)

Ademais, além dos traços distintivos, o legislador exige pressupostos mais rigorosos da tutela antecipada do que da tutela cautelar. Para a concessão da tutela cautelar, exige-se apenas verossimilhança do direito acautelado. De outro norte, para a concessão da tutela antecipada, requer-se verossimilhança fundada em prova inequívoca do direito a ser satisfeito antecipadamente, o que implica em pressupor cognição mais profunda, baseada em provas mais contundentes. (BRAGA et al. 2009)

Acerca do tema, pontua-se:

Em sede de cautelar, certamente se faz algum exame dessa pretensão, mas com fito único de apurar se ela é plausível (presença do *fumus boni iuris*) e se a demora inerente à atividade processual pode pôr em risco o seu resultado prático (*periculum in mora*). Não assim na hipótese de antecipação de tutela: aí, o sopeso da probabilidade do sucesso da postulação ‘principal’ (e única) se faz para outorgar desde logo ao postulante o *bem da vida* que, a não ser assim, só lhe poderia ser atribuído pela sentença final. (BRAGA et al. *apud* FABRÍCIO, 2009, p.461)

Pode se inferir, portanto, que diante das distinções estatuídas pelo legislador acerca dos pressupostos autorizadores da concessão das duas medidas, a tutela cautelar satisfativa (como espécie das tutelas cautelares propriamente ditas) reclama condições essencialmente mais brandas que a tutela antecipatória.

Desta maneira, muito se discute na doutrina acerca do cabimento da cautelar satisfativa, em razão da própria natureza do processo cautelar, bem como do advento da tutela antecipada, através da reforma processual que alterou a redação dada ao artigo 273 do Código de Processo Civil.

Daí, voltamos ao ponto da finalidade que as unem. Se ambas tem por escopo neutralizar os males do tempo no processo, para que não inviabilize a

realização do direito material, satisfazendo sumariamente o direito pretendido pelo autor, mas fundadas em pressupostos distintos, a tutela cautelar satisfativa, se admitida, seria um modo de deturpação do instituto da tutela antecipada.

A doutrina majoritária entende que após a reforma que inseriu o artigo 273, no Código de Processo Civil, instituindo a antecipação dos efeitos da tutela, as cautelares se destinariam apenas às medidas cautelares típicas, sendo que as pretensões satisfativas que anteriormente à reforma eram deduzidas em sede de cautelar inominada, somente poderiam ser aduzidas na própria ação de conhecimento. (PEIXOTO *apud* ZAVASCKI, 2011)

A ampla maioria dos processualistas entende que a tutela cautelar não admite satisfatividade, sendo que as cautelares satisfativas, anteriormente à reforma de 1994, consistiam em contradição axiológica, e não contradição jurídica, uma vez que não existia, até então, uma disposição legal normatizando a cognição sumária de caráter genérico no âmbito de processo de conhecimento. (PEIXOTO, 2011)

Com estes dizeres, extrai-se que a tutela cautelar satisfativa apenas era admitida, anteriormente à reforma processual de 1994, porque o ordenamento jurídico processual não previa uma técnica capaz de, no bojo do processo cognitivo, prestar uma tutela jurisdicional mais célere, baseada numa cognição sumária, de modo a fazer com que o direito do jurisdicionado não perecesse.

Com o advento do instituto da antecipação dos efeitos da tutela, pela reforma de 1994, a sistemática processual civil pátria passou a dispor de um mecanismo processual apto a garantir a realização dos efeitos do mérito da sentença do processo de conhecimento, sumariamente.

É o entendimento de Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 653):

Com a reforma de 1994, o legislador pátrio eliminou a controvérsia sobre ser ou não legítimo o uso do poder cautelar atípico para antecipar a tutela de mérito. A partir de então, restou consagrada a possibilidade de ser antecipado, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva, desde, é claro, que se atendam os requisitos indispensáveis enunciados pelo atual art. 273, CPC. Isto, porém, não se por meio da ampliação do poder geral de cautela, e sim por criação de um novo remédio processual, introduzido dentro do próprio processo de conhecimento.

De outro norte, tal posicionamento encontra opositores na doutrina. Veja-se a lição de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini (2006, p. 37), sobre a satisfatividade das medidas cautelares:

Todavia, ainda que a medida a ser concedida seja irreversível, mas seja a

única forma de proteger o direito provável do autor, deve-se concedê-la, pois se deve sacrificar o direito eventual (não provado) da outra parte em função da necessidade de proteger um direito que aparenta ser bom, o do autor. Este é o princípio da proporcionalidade, a respeito do qual discorre a boa doutrina.

O risco de ineficácia prática do processo, por outro lado, reside justamente na não distinção que deve ser feita em relação à tutela cautelar e tutela antecipatória, pois a diferenciação entre ambas apenas contribui para a utilidade das técnicas de prevenção. (THEODORO JÚNIOR, 2009)

As características que diferem ambas as medidas, além de valorizar o cabimento e o acesso à medida correspondente à hipótese pretendida em juízo, acaba por evitar o uso abusivo e indevido das providências de exceção, impedindo, também, que estas medidas prévias se destinem a fins que não foram especificamente concebidas, (THEODORO JÚNIOR, 2009)

Sob outro enfoque, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 64) assevera que “a distinção entre cautelar e tutela antecipada não é deveras importante. Isso porque todos os dispositivos atinentes às duas espécies buscam atenuar o tempo como fator de corrosão dos direitos”.

Assinala ainda Dinamarco (2009, p. 64):

Quando compreendermos que tanto as medidas cautelares como as antecipações de tutela se inserem nesse contexto de neutralização dos males do decurso do tempo antes que os direitos hajam sido reconhecidos e satisfeitos, teremos encontrado a chave para nossas dúvidas conceituais e o caminho que há de conduzir à solução dos problemas práticos associados a elas.

Desta maneira, nota-se que os processualistas ainda divergem quanto à subsistência das cautelares satisfativas. Aqueles que são motivados pela observância rigorosa às formas previstas no ordenamento jurídico entendem que a decisão proferida no processo cautelar não é dotada de satisfatividade. De outro norte, aqueles que pregam o desapego ao formalismo aduzem que a admissão da cautelar satisfativa deve prosperar dada à finalidade a qual o processo encontra-se atrelado.

4.3 Admissão da cautelar satisfativa; razões e fundamentos

Conforme já dito anteriormente, a natureza da tutela cautelar é meramente assecuratória, sempre visando garantir um direito ou uma execução futura. De encontro com esta definição, a prática nos tribunais fez com que a jurisprudência admitisse o processamento de cautelares que não tinham como escopo sua essência originária, quais sejam, as cautelares satisfativas.

As cautelares satisfativas divergem dos requisitos e pressupostos da cautelar propriamente dita, pois tem fim em si mesmas. Isto implica dizer que sua concessão entregará à parte a própria pretensão material, sem que haja necessidade de ajuizar um processo cognitivo futuro (quando preparatórias).

Tal prática, hodiernamente, funda-se na instrumentalidade do processo, doutrina esta que leciona, em apertada síntese, que “aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade a seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é hoje uma tendência universal”. (DINAMARCO, 2008, p. 25)

Assim, tem-se que o processo, de modo a atender a sua função instrumental, deve assegurar ao jurisdicionado a efetiva prestação da tutela, bem como deve ser um meio eficaz pelo qual aquele que demanda em juízo consiga receber uma resposta adequada do estado para a resolução do seu conflito.

“O modelo processual positivista estabelece que deve o ordenamento jurídico prever as respostas para os casos futuros. Assim, a prestação jurisdicional será oferecida de acordo com a regra previamente estabelecida, sem efeito criativo”. (ZANON JUNIOR, 2010, p. 298)

Esse modelo, todavia, não apresenta respostas adequadas ao cenário atualmente instalado, uma vez que não contempla as funções de criação e de orientação da jurisprudência, entendendo como suficientes as regras já existentes para a concessão da tutela jurisdicional, o que, de todo, é um equívoco. Referido modelo, ainda, furta-se da concepção de processo como arena para promoção de diálogo democrático. (ZANON JUNIOR, 2010)

Acerca do tema, leciona a doutrina de Orlando Luiz Zanon Junior (2010, p. 309):

O processo, sob a ótica pós-positivista, não visa apenas instrumentalizar o direito já previamente reconhecido em uma regra positivada, haja vista que a interpretação/aplicação perpassa por construir a norma de acordo com o caso concreto. Logo, sob tal prisma de análise, o processo não é apenas um instrumento para concessão da tutela a um direito reconhecido por regra previamente estabelecida, mas também, em determinadas hipóteses, um

meio para viabilizar a construção de uma nova regra, de acordo com a conformação dos padrões de julgamento aplicáveis (entre eles, regras, princípios, orientações jurisprudenciais etc.)

Desta maneira, o processo não deve se afigurar como mero instrumento para realização do direito material deve assumir contornos mais abrangentes que isso, consubstanciando-se em verdadeiro palco para debates democráticos perante o juiz, em que buscam aqueles que nele figuram a construção da solução mais adequada ao caso. (ZANON JUNIOR, 2010)

Logo, vislumbrou-se que o processo não mais poderia ser tratado apenas como simples objeto viabilizador da tutela jurisdicional pretendida, e sim como meio hábil a prestar uma efetiva e adequada prestação jurisdicional, sob pena desta restar fadada ao insucesso.

Os doutrinadores que atualmente se ocupam em dissertar acerca do tema da técnica processual já superaram a remota visão puramente tecnicista, pois tal posicionamento fatalmente acarretara em completo descaso as projeções éticas que o processo deve estar atrelado. (DINAMARCO, 2008)

Tais premissas, entretanto, não implicam em dizer que as decisões judiciais não devem manter consonância com o ordenamento jurídico. Embora reconhecida a característica criativa e orientadora da jurisprudência, hão de ser respeitados os demais poderes estatais, sob pena de afronta ao sistema da tripartição dos poderes, de caráter constitucional. (ZANON JUNIOR, 2010)

Ocorre, que na sistemática processual tal qual concebida pela legislação pátria, a marcha do processo é obrigada a obedecer preceitos normativos de caráter formal. Embora a legislação assim determine, as experiências da vida forense demonstram que não raras às vezes, o processo é o próprio óbice à obtenção da tutela jurisdicional, dado o emaranhado de regras que o tornam complexo e falho.

É a lição de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 20):

O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século XX haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa.

Não se deve desta maneira, ofuscar-se diante da exagerada observância aos princípios norteadores da sistemática processual, pois nem a segurança jurídica,

ferrenhamente evocada por eles, deverá preponderar diante da possibilidade de se preferir soluções válidas e invariavelmente úteis (DINAMARCO, 2009).

Para que estas decisões sejam verdadeiramente úteis, ou seja, para que ofereçam uma tutela jurisdicional efetiva e suficientemente pronta ou tempestiva, é preciso sacrificar a limpidez dos preceitos princípios lógico, bem como priorizar uma garantia constitucional em detrimento de outra, sob pena de o processo marchar rumo a resultados indesejáveis. (DINAMARCO, 2009)

Por conseguinte, não obstante haja preceito constitucional de garantias processuais que quando não observados ensejam nulidades, há também previsão do princípio do acesso à justiça na Constituição Federal, que, resumidamente e sem maiores digressões, dada à amplitude de sua abrangência, com o passar do tempo deixou de ser um acesso apenas formal, mas efetivo, conforme lecionado por Cappelletti e Garth (1988).

“Com base nestes ditames é que se espera que os operadores do direito (o processualista, o juiz, o advogado e o promotor de justiça) saibam externar em sua atividade laboral os reflexos práticos do pensamento instrumentalista para o aperfeiçoamento da legislação processual”. (DINAMARCO, 2008, p. 363-364)

Assim, abrandar a observância às normas processuais em detrimento da garantia da efetiva prestação jurisdicional se justificaria em razão da nobreza da causa, tendência esta que já sedimentada pela processualística moderna.

A doutrina de Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 266) ainda pontua:

A supervalorização do procedimento, à moda tradicional e sem destaques para a relação jurídica processual e para o contraditório, constitui postura metodológica favorável a essa *cegueira ética* que não condiz com as facundas descobertas da ciência processual nas últimas décadas. A técnica processual, por isso mesmo, vai-se agitando nos últimos tempos, com vista a adaptar-se às exigências sociais e políticas que atuam sobre o sistema processual e lhe cobram o cumprimento de seu compromisso com o Estado e com a própria sociedade.

Trazendo este encadeamento de ideias para o objeto deste estudo, o próprio legislador brasileiro contemporâneo vem curvando-se à tendência instrumentalista, como se vê nas diversas inovações trazidas pelas reformas realizadas nos últimos anos, as quais trouxeram, dentre outras, “a possibilidade de o processo cautelar ganhar contornos satisfativos”. (DINAMARCO, 2008, p.266)

Nada obstante, ainda que embutido da sistemática processual civil pátria, as ideias oriundas da instrumentalidade do processo, tratam-se as cautelares

satisfativas de verdadeiras inovações jurisprudenciais, porque a lei processual prevê a caducidade da medida cautelar quando não proposta a ação principal no prazo de trinta dias de sua efetivação. Referida lei, ainda, não fez qualquer ressalva à sua aplicação, mas a construção jurisprudencial e doutrinária entendeu de maneira diversa, desvelando-se boa postura instrumentalista. (DINAMARCO, 2008)

Boa postura esta, pois relegando de maneira razoável o formalismo arraigado no modelo processual adotado pelo nosso direito, e não implicando tal prática em eventual prejuízo ou nulidade, o processo atingiria sua finalidade fundamental de instrumentalizar, com aptidão, a efetiva prestação jurisdicional.

No Processo Civil tal como disciplina, o legislador ao adotar uma postura instrumentalista, de balanceio dos riscos das tutelas de urgência (cautelares e antecipações), visou assegurar a efetividade do processo e sua capacidade de produzir os resultados desejados, sem atentar-se com rigor à consonância entre a medida concedida e os anseios do direito material. (DINAMARCO, 2008)

A tendência que vem sendo praticada nos tribunais, no sentido de admitir o processamento das cautelares satisfativas, funda-se, portanto, nestes preceitos basilares da instrumentalidade do processo e da efetiva prestação jurisdicional, melhor atendendo assim, aos anseios da sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluída a pesquisa, nota-se que a temática ainda gera muita divergência no âmbito doutrinário, muito embora há alguns anos já se discuta tal assunto, a matéria ainda é considerada uma zona obscura entre os processualista.

Por meio do estudo, viu-se que, não obstante a discordância entre os autores do tema, é uníssono que tanto a tutela cautelar, quanto a tutela antecipada são espécies pertencentes ao gênero das tutelas de urgências, e estas, por sua vez, destinam-se a minorar os males que o tempo exerce sobre o processo.

Ocorre que o procedimento cautelar, tem por escopo originário, assegurar o direito da parte que apresenta perigo de dano iminente, possuindo, ainda, natureza provisória. A cautelar intentada na modalidade satisfativa foge, justamente, destes pressupostos.

Sob a perspectiva da sistemática processual civil pátria, a fuga dos pressupostos contidos em lei por parte da tutela cautelar satisfativa expressa uma verdadeira deturpação do instituto da tutela antecipada, se considerado que ambas exercem o mesmo papel dentro do processo: antecipar os efeitos de uma sentença definitiva baseada em uma cognição exauriente.

Pode-se dizer que a sistemática processual vigente no país, possibilita a antecipação da prestação jurisdicional do Estado antes de proferida à sentença, por meio do pedido da tutela antecipada, no bojo do processo cognitivo. Para que reste atendido tal pedido, o magistrado deve observar alguns pressupostos legais, tais como, a verossimilhança e a prova inequívoca das alegações.

Por outro lado, o processo cautelar também é via apropriada para alcançar a tutela jurisdicional de maneira urgente, entretanto, para seu deferimento, deverão restar demonstrados requisitos diversos daqueles exigidos em sede de antecipação dos efeitos da tutela, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A celeuma desta pesquisa, portanto, fundou-se na (in)subsistência desta medida, em razão das circunstâncias acima expostas.

Diante da pesquisa, conclui-se que parte dos doutrinadores entende que não mais se deve admitir o processamento das medidas cautelares satisfativas, uma vez que representam uma deturpação do “novo” instituto da tutela antecipada. Esse posicionamento é adotado por aqueles que priorizam o rigor técnico do processo, a

observâncias as formalidades descritas pela lei, não reconhecendo, portanto, como cabível tal medida.

De outro norte, a cautelar satisfativa, diante do advento da tutela antecipada, instituída pela reforma processual de 1994 encontra alicerce para sua subsistência através dos preceitos da instrumentalidade do processo e da efetividade da justiça.

Os ensinamentos oriundos desta doutrina assentam que o extremo apego às normas acaba por inobservar princípios e garantias constitucionais de maior valia, tais quais, o princípio do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição. Partindo desta premissa, pensou-se numa nova concepção da sistemática processual civil pátria, dando contornos de maior utilidade ao processo.

Assim, após o amadurecimento da técnica, solidificou-se a autonomia do processo, passando este a ter subsídios e características próprias. No entanto, com a busca incessante pela depuração dos estudos técnicos jurídicos, o puro emprego da técnica mostrou-se insuficiente para contornar os conflitos sociais, haja vista os obstáculos impostos pelo normativismo exacerbado.

O que se pode vislumbrar através do estudo, é que as situações fronteiriças entre estas duas modalidades de tutela preventiva ainda encontram amplo dissenso na doutrina. Entretanto, asseverar, ao fim da pesquisa, que uma prevalece diante da outra seria deveras desarrazoado, pois ambas as correntes doutrinárias fundam-se em argumentos bastante sólidos para fundamentar seus posicionamentos.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Cautelar**. v. IV. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Processo de Conhecimento**. v. II. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Teoria Geral do Processo**. v. I. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ALMEIDA, Flávio Renato Correia de Almeida, TALAMINI, Eduardo, WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais**. v. III. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. v. I. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ALVES, Eliana Calmon. **Tutelas de Urgência**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/391/Tutelas_Urgência.pdf?sequence=4> Acesso em 09 maio 2011.
- ALVIM, Eduardo Arruda. **Antecipação da Tutela**: Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. 1. ed. Curitiba: Juruá. 2008.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.
- BENASSE, Marcos Antônio. **Tutela Antecipada em Caso de Irreversibilidade**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001.
- BRAGA, Paula Sarno, DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.
- BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869compilada.htm>>. Acesso em 17 mar.2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**". 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. **Tutelas de urgência: Análise teórica e dogmática**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DESTEFENNI, Marcos. **Natureza Constitucional da Tutela de Urgência**. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Procedimento Sumário: Lei 9.245, de 26.12.1995**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA JÚNIOR, Oswaldo Pereira de. **Tutela cautelar e tutela antecipatória: tutelas de urgência fungíveis**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5403/tutela-cautelar-e-tutela-antecipatoria>> Acesso em 14 fev. 2011)

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. V. I. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MEDEIROS, Luiz César. **O Formalismo Processual e a Instrumentalidade**: um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Cautelares Satisfativas?** Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-civil/cautelares-satisfativas.htm>>. Acesso em: 17 maio 2010.

PARIZATTO, João Roberto. **Novas alterações do CPC 2002**: lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002. Ouro Fino: Edipa, 2002.

PEIXOTO, Geones Miguel Ledesma. **Em defesa das cautelares satisfativas a despeito da antecipação de tutela**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3848>>. Acesso em: 30 maio 2011.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro Sampaio. **A atuação do juiz no Direito Processual Civil moderno**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Acesso à Justiça e Autonomia financeira do Poder Judiciário**: A quarta onde? Em busca da efetividade dos Direitos Fundamentais. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Réquiem para a tutela preventiva**. Disponível em <<http://www.baptistadasilva.com.br/>> Acesso em 10 fev. 2011.

_____. **Curso de processo civil**: processo cautelar. v. III. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

THEODOR JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: processo de execução e cumprimento da sentença processo cautelar e tutela de urgência. v. II. 44 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil processo de conhecimento. V. I. 48 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TALAMINI, Eduardo. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 3 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 9. ed. São Paulo: revista dos Tribunais: 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais** - coordenação Luiz Rodrigues Wambier. v. III. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Tutelas Sumárias**: sistematização das tutelas de urgência e de evidência sob a ótica da garantia fundamental da proteção judicial efetiva. *In* Revista da Academia Judicial, Ano I, n. 0. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.