



Das divergências entre bases teóricas à confluência de ideias no tocante à preservação do direito fundamental ao contraditório*

From Divergences Between Theoretical Foundations to the Convergence of Ideas Regarding the Preservation of the Fundamental Right to Adversarial Proceedings

Igor Raatz**

Profesor en el curso de graduación en Derecho de la Universidade FEEVALE - Novo Hamburgo (RS).
Código ORCID: 0000-0002-7982-9190 | Contacto: igor@raatzanchieta.com.br

Natascha Anchieta***

Profesora en los cursos de posgraduación y extensión en Derecho Procesal Civil.
Código ORCID: 0009-0009-3886-2304 | Contacto: natascha@raatzanchieta.com.br

Resumen

El presente artículo analiza las bases teóricas de la doctrina de Eugenia Ariano Deho sobre la teoría de la tutela cautelar y establece, a partir de ellas, un diálogo crítico con dicha autora. Como punto de partida, se contrasta la concepción de Piero Calamandrei con la construcción teórica de Pontes de Miranda y Ovídio A. Baptista da Silva, con el fin de examinar la distinción entre tutela cautelar y tutela satisfactiva de urgencia. Se sostiene que, pese a las divergencias conceptuales,

* Artículo originariamente publicado en el año 2022, con el título «Tutelas provisórias e direito fundamental ao contraditório: um diálogo com a doutrina de Eugenia Ariano Deho acerca da teoria da tutela cautelar», en *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, volumen 30, número 120, páginas 237-270.

** Posdoctor, doctor y magíster en Derecho por la Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em processo civil por la Academia Brasileña de Derecho Procesal Civil (ABDPC). Miembro del Núcleo de Estudio Hermenéuticos (DASEIN), de la Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) y del Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP). Profesor en el curso de pregrado en Derecho de la Universidade FEEVALE - Novo Hamburgo (RS). Profesor de cursos de posgrado y extensión en derecho procesal civil. Abogado.

*** Doctoranda y magíster en Derecho por la Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista en Derecho por la Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS). Profesora en cursos de posgraduación y extensión en derecho procesal civil. Abogada.

ambas perspectivas convergen en una preocupación común: la preservación del proceso como garantía y, especialmente, del derecho fundamental al contradictorio. Desde una perspectiva garantista, se concluye que la adecuada delimitación entre tutela cautelar y tutela satisfactiva resulta esencial para evitar la concesión indiscriminada de tutelas sumarias sin previo contradictorio.

Palabras-clave: Derecho fundamental al contradictorio, tutela cautelar, tutela satisfactiva de urgencia, tutelas provisionales, cognición sumaria, garantismo procesal.

Abstract:

This article analyzes the theoretical foundations of Eugenia Ariano Deho's doctrine on the theory of precautionary relief and, based on them, establishes a critical dialogue with the author. As a starting point, it contrasts the conception of Piero Calamandrei with the theoretical framework developed by Pontes de Miranda and Ovidio A. Baptista da Silva, in order to examine the distinction between precautionary relief and urgent satisfactory relief. It is argued that, despite conceptual divergences, both perspectives converge on a common concern: the preservation of the process as a guarantee and, in particular, of the fundamental right to adversarial proceedings. From a garantist perspective, the article concludes that a proper delimitation between precautionary relief and satisfactory relief is essential to avoid the indiscriminate granting of summary measures without prior adversarial hearing.

Keywords: Fundamental right to adversarial proceedings, precautionary relief, urgent satisfactory relief, provisional remedies, summary cognition, procedural garantism.

Recibido: 5 de septiembre de 2025 | Aprobado: 23 de enero de 2026

Se suele decir que «solo Dios, para juzgar, no necesita proceso». Yo agregaría que «no solo» Dios puede juzgar sin proceso sino también el juez civil peruano, el que, la más de las veces, tras la máscara de estar concediendo una tutela meramente cautelar, en el fondo, está concediendo una ilegítima tutela con efectos difícilmente reversibles. Y yo no creo que sea bueno que los humanos juguemos a ser dioses.

Eugenia Ariano Deho (2016f, p. 139)

Sumário: 1. Introdução.- 2. A doutrina de Piero Calamandrei como ponto de partida teórico e as divergências quanto à «teoria da tutela cautelar»: o caráter instrumental da tutela cautelar, a autonomia da tutela cautelar e a distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa.- 3. A doutrina de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva como ponto de partida teórico: uma alternativa à instrumentalidade qualificada de Calamandrei, e a necessária distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa.- 4. Da necessária distinção entre *pericolo di infruttuosità/perigo de dano iminente* e *pericolo di tardività/perigo da demora* para a compreensão das «tutelas de urgência».- 5. Tutelas sumárias e violação do direito fundamental ao contraditório.- 6. Conclusão.

1. Introdução

Participar de uma obra voltada a estabelecer um diálogo com o pensamento da professora Eugenia Ariano Deho é motivo de muita honra e orgulho. Em diversos flancos teóricos, o trabalho acadêmico da professora peruana tem impactado no cenário latino-americano. Nesse sentido, pode-se enaltecer tanto as suas traduções dos textos de Franco Cipriani para espanhol, empreendimento decisivo para a disseminação do garantismo processual, quanto sua vasta produção doutrinária, na qual algumas temáticas, seja pela densidade teórica, seja pela quantidade de escritos, saltam aos olhos: direito recursal, tutela executiva e teoria da tutela cautelar.

Especificamente quanto ao último tema, verifica-se, em textos mais recentes, uma acentuada preocupação em salvar a tutela cautelar de posturas não-garantistas, responsáveis por banalizar a sua concessão *inaudita altera parte*. Não é por acaso que, no prólogo do livro *Estudios sobre la tutela cautelar*, Eugenia procura deixar claro que suas reservas sobre a tutela cautelar não estão nem em sua função, nem na amplitude do poder que os juízes gozam para conceder cautelares «atípicas» que se ajustem às necessidades do caso concreto, mas, sim, no procedimento previsto no Código de Processo Civil peruano que estabelece que a tutela cautelar deverá ser concedida (ou denegada) *inaudita altera parte*. Nisso residiria, para ela, a fonte primária «de todas las distorsiones y descréditos que esta noble forma de tutela ha sufrido en estos más de veinte años de vigencia del CPC».¹

De fato, o a concessão desenfreada de *tutelas de cognição sumária* – que, inadequadamente, receberam na legislação procedimental civil brasileira a

¹ Ariano (2016a, p. 6).

denominação *tutelas provisórias* – sem o *prévio contraditório* é um problema dos mais graves e menos debatidos no Brasil. Isso torna, para nós brasileiros, extremamente importante o debate com a professora Eugenia Ariano Deho – até porque, no direito brasileiro, as posturas garantistas começaram a ganhar eco e robustez teórica no âmbito do procedimento civil há pouquíssimo tempo, não obstante já exista uma quantidade grande de textos escritos pela doutrina brasileira sobre o tema.² Contudo, sendo esta uma obra voltada ao debate acadêmico – o que não deve significar apenas uma mera confluência de ideias – estabeleceremos uma série de divergências quanto ao pensamento de Eugenia Ariano Deho acerca da teoria da tutela cautelar. Tais divergências, que não desnaturam em nada nossa preocupação comum com a preservação do *direito fundamental ao contraditório*, decorrem, em grande medida, da incompatibilidade entre o ponto de partida teórico do qual se vale Eugenia Ariano Deho para tratar da teoria da tutela cautelar, ou seja, a doutrina de Piero Calamandrei, e o ponto de partida por nós adotado, qual seja, a doutrina de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva.

2. A doutrina de Piero Calamandrei como ponto de partida teórico e as divergências quanto à «teoria da tutela cautelar»: o caráter instrumental da tutela cautelar, a autonomia da tutela cautelar e a distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa

Conforme mencionado anteriormente, nossas divergências com o pensamento de Eugenia Ariano Deho decorrem da adoção de bases teóricas distintas a respeito da teoria da tutela cautelar. Enquanto a professora peruana filia-se à doutrina da Piero Calamandrei sobre o tema, nós optamos por seguir a corrente teórica inaugurada por Pontes de Miranda e desenvolvida por Ovídio A. Baptista da Silva – a qual será apresentada mais adiante no presente ensaio. Essa diferença de bases teóricas produz resultados diferentes no tocante à abordagem de alguns pontos, como é o caso da instrumentalidade da tutela cautelar e o seu âmbito de proteção – temática que conduz à resposta a respeito do objeto da tutela cautelar –, a autonomia da tutela cautelar e a distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa, em que pese, nesse último ponto, nossas discordâncias parecem ser muito mais de ordem terminológica que material.

Para Calamandrei, a nota característica dos provimentos cautelares seria a sua relação de instrumentalidade com o provimento definitivo. Os provimentos

² Um bom exemplo disso são os mais de 50 artigos com a temática garantista, publicados na coluna *garantismo processual* no site Empório do Direito (2019).

cautelares, desse modo, nasceriam a serviço de um provimento definitivo, do qual buscariam assegurar a eficácia prática. Nisso reside a noção de que os provimentos cautelares servem como instrumento do instrumento (instrumentalidade ao quadrado ou qualificada). Os provimentos cautelares seriam instrumentos dos provimentos definitivos, os quais, por sua vez, seriam um meio para a atuação do direito³ ou, dito de outro modo, instrumentais em relação ao direito material.

Segundo o jurista italiano, essa relação de instrumentalidade entre o provimento cautelar e o provimento principal poderia assumir diversas formas, as quais, a fim de obter uma sistematização da matéria,⁴ ele reduziu em quatro tipos: a) o *primeiro grupo* seria constituído pelos *provimentos instrutórios antecipados*, com os quais, diante de um possível futuro processo de cognição, se objetiva fixar certos resultados probatórios, positivos ou negativos, que poderão ser utilizados naquele processo em momento oportuno – aqui estariam concentrados os casos de *conservação* ou de *asseguração da prova*;⁵ b) o *segundo grupo* abranteria os provimentos que servem para facilitar a frutuosidade prática de uma futura execução forçada, impedindo a dispersão dos bens que poderão ser objeto da própria execução – aqui, o caráter instrumental dos provimentos cautelares, cuja finalidade seria assegurar a futura execução, conservando o direito, sem, contudo, satisfazê-lo, estaria evidenciado pelo preciso paralelismo entre as medidas cautelares compreendidas neste grupo e o procedimento executivo do qual o provimento cautelar constituiria uma espécie de pré-anúncio e segurança;⁶ c) o terceiro grupo compreenderia os provimentos com os quais se *decide interinamente* uma relação controversa sempre que a espera da decisão definitiva poderia causar a uma das partes danos irreparáveis – aqui, a relação de instrumentalidade entre o provimento provisório e o provimento principal seria diversa daquela existente nos grupos precedentes, pois o provimento cautelar consistiria propriamente em uma decisão antecipada e provisória do mérito, destinada a durar até que a esta regulamentação provisória se sobreponha uma regulamentação estável obtida por meio do lento procedimento ordinário. Referido grupo de provimentos cautelares aproximar-se-ia conceitualmente dos assim chamados «acertamentos com prevalente função executiva», com a diferença que os provimentos cautelares não poderiam aspirar a tornar-se definitivos, estando, em todos os

3 Calamandrei (1936, pp. 21-22).

4 Calamandrei (1936, p. 31).

5 Calamandrei (1936, pp. 31-32).

6 Calamandrei (1936, pp. 33-37).

casos, pré-ordenados a emanção de um provimento principal;⁷ e por fim d) o quarto grupo seria formado pelas hipóteses em que é imposto, por parte do juiz, que a parte preste uma caução, a qual seria ordenada ao interessado como condição para obter um posterior provimento jurisdicional.⁸ Neste grupo estariam as medidas de «contracautela», destinadas a neutralizar o perigo causado pela concessão das próprias medidas cautelares.⁹

Com isso, podemos verificar duas consequências extremamente importantes que decorrem do pensamento de Calamandrei: (i) por um lado, a nota característica dos provimentos cautelares não está na sua relação com o direito material, mas na sua relação com os provimentos jurisdicionais definitivos (= fundados em cognição exauriente), o que faz com a *provisoriedade* do provimento cautelar esteja atrelada a sua *instrumentalidade* em relação ao provimento definitivo; (ii) por outro lado, se o que caracteriza os provimentos cautelares é a sua relação imediata com os provimentos definitivos, e não com o próprio direito material, torna-se possível ignorar o elemento da realização ou simples assecuração do direito material para caracterizar a tutela cautelar. É claro que, para tanto, será necessário partir do pressuposto de que a satisfação do direito material ocorre com a declaração do direito mediante um acerto com força de coisa julgada.

Satisfazer um direito significa realizá-lo faticamente no plano das relações humanas.¹⁰ Nisso, Ovídio Baptista da Silva sempre se apresentou em franco combate à doutrina brasileira que, inspirada no pensamento de Calamandrei, entendia que satisfazer o direito era o mesmo que declará-lo de modo definitivo.¹¹ A dificuldade da doutrina em conceber uma segunda categoria de provimentos de urgência, que não ostentasse a natureza de provimento cautelar, estaria, pois, na equivocada compreensão de que somente haverá satisfação do direito com o julgamento definitivo e que satisfazer um direito seria sinônimo de declaração. Nesse equívoco incorreram os juristas brasileiros que trataram dos chamados

7 Calamandrei (1936, pp. 38-41).

8 Calamandrei (1936, p. 44).

9 Da Silva (2007-2008, p. 56).

10 Da Silva (1998, p. 84).

11 Sobre o tema, a aguda crítica de Ovídio A. Baptista da Silva (1991b): «temos dito reiteradamente ser entendimento da doutrina em geral a ideia de que somente haverá decisão quando houver julgamento definitivo da lide. Se o magistrado se limitar a ordenar, imagina-se que o resultado do ato volitivo seja o produto de algum estado hipnótico, dado que não haveria, aí, qualquer decisão (...) satisfazer o direito, portanto, é declará-lo existente, em sentença idônea a produzir coisa julgada» (pp. 140-145). Acerca das origens da equiparação da atividade jurisdicional à mera declaração, ver Da Silva (2007).

«alimentos provisionais» como cautelares, uma vez que estes ofereceriam uma satisfação totalmente distinta daquela obtida no processo de conhecimento¹² e que consideraram ser impossível uma satisfação provisória do direito.¹³

Calamandrei percebeu, com muita precisão, que os casos da letra «c» da sua classificação possuíam algo distinto em comparação com os demais provimentos cautelares. Assim, nos grupos «a», «b» e «d», o provimento cautelar não mira a acelerar a satisfação do direito controverso, mas somente a preparar antecipadamente os meios para fazer com que o acerto ou a execução forçada do direito esteja, quando a demora do procedimento ordinário o consentir, em condições praticamente mais favoráveis. Assim, *urgente não seria a satisfação do direito, mas a assecuração preventiva dos meios tendentes a fazer com que o processo principal, quando sobrevir, seja justo e praticamente eficaz*. Em contrapartida, os provimentos previstos no grupo «c» teriam, para Calamandrei, o objetivo de *acelerar* de modo provisório a satisfação do direito, porque o *periculum in mora* é constituído não pelo temor de não haver meios para a formação ou para a execução do provimento principal sobre o mérito, mas da própria demora do procedimento ordinário, do estado de insatisfação do direito, o qual se contende no juízo de mérito. Aqui, o provimento cautelar seria uma espécie de *acertamento interino do mérito*.¹⁴

12 Alvaro de Oliveira e Lacerda (1998, p. 377). Nesse sentido, podemos destacar a crítica de Ovídio: «A doutrina tem uma compreensão muito diversa do que seja, no plano jurisdicional, a satisfação de um direito. Como tivemos ensejo de mostrar em outro lugar (Decisões interlocutórias..., p. 131 e 145), para CHIOVENDA e, através dele, para toda a nossa doutrina, satisfazer um direito, no plano jurisdicional, é declará-lo existente. É esta a razão pela qual os processualistas têm os alimentos provisionais como cautelares, e não como satisfativos da pretensão alimentar. Carlos Alberto A. de Oliveira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v.8, t. III, p. 377) considera que os alimentos provisionais oferecem uma ‘satisfação’ ‘totalmente distinta da conseguida com a sentença no processo de conhecimento normal’. Embora isso não fique bem nítido no pensamento do jurista, uma análise mais atenta mostra que ele antepõe à sentença do processo de conhecimento que reconhece a obrigação alimentar não aos alimentos provisionais propriamente ditos, enquanto prestação monetária recebida e consumida pelo credor dos alimentos, e sim à respectiva sentença que os tenha concedido sob a forma de provisionais» (Da Silva, 2007-2008, p. 27).

13 Dentre tantos, pode-se mencionar o pensamento de Victor Bomfim Martins (2000), para quem «a expressão ‘satisfação provisória’ encerra contradição nos seus próprios termos, porquanto ou há satisfação em sentido jurídico ou não há. *Tertius non datur* (...) é crucial reconhecer que as decisões tomadas no curso do processo de conhecimento (interlocutórias) não atuam diretamente sobre o interesse (satisfativo) em conflito, até porque instrumentalizam o processo a fazê-lo por meio da sentença, agora sim, pronunciamento judicial definitivo» (pp. 74-75).

14 Calamandrei (1936, pp. 55-57).

Portanto, mesmo se tratarmos os provimentos cautelares como instrumentais em relação ao provimento definitivo, somos obrigados a reconhecer que a tutela cautelar (oferecia pelos provimentos dos grupos «a», «b» e «d») é totalmente distinta daquela prevista no grupo dos provimentos arrolados no grupo «c» da classificação de Calamandrei. Estes últimos, obviamente, não oferecem uma tutela da natureza cautelar, na medida em que os provimentos cautelares têm a função de assegurar a futura satisfação do direito ou, como preferem alguns autores, a eficaz atuação da decisão definitiva sobre o mérito, e não a função de antecipar, ainda que de modo provisório a própria decisão de mérito.¹⁵

Porém, na medida em que o núcleo comum da classificação de Calamandrei era o conceito de provisoriedade – pensado a partir de uma relação de instrumentalidade entre o provimento cautelar e o provimento definitivo – foi possível para Calamandrei manter os casos do grupo «c» no âmbito dos provimentos cautelares. Na verdade, foi a ideia de que *tudo que funciona como instrumento é cautelar* permitiu a Calamandrei, conforme aguda crítica de Ovídio A. Baptista da Silva, a formação do grupo «c» da sua classificação formado pelas «cautelares» que decidiriam interinamente uma relação litigiosa.¹⁶ Desse modo, os «provimentos antecipatórios» seriam cautelares na medida em que instrumentais em relação aos provimentos definitivos. Como se vê, Calamandrei construiu sua teoria contrapondo a cautelaridade da definitividade. O elemento que distinguiria os provimentos cautelares dos provimentos definitivos seria justamente a provisoriedade.¹⁷

Conforme referido anteriormente, nossas divergências com o pensamento da professora Eugenia Ariano Deho, neste ponto, parecem ser muito mais de ordem terminológica, que material. Contudo, entendemos importante retirar, do âmbito da cautelaridade, os provimentos de cognição sumária voltados à satisfação imediata do direito material – os quais, sob o *nomem juris* «tutela da evidência», podem, no direito brasileiro, ser concedidos sem o requisito da urgência, gerando uma situação ainda mais gravosa no tocante à preservação da garantia do contraditório.

Seguindo a doutrina de Calamandrei, Eugenia Ariano Deho considera que as medidas cautelares com conteúdo «igual o semelhante contenido que la resolución definitiva» – denominadas de «medidas anticipadas» ou «anticipatorias» – não teriam o condão de satisfazer o direito, «que es tarea de la tutela de fondo, sino porque ello se hace imprescindible para que la medida cumpla su misión

¹⁵ Calvosa (1970, p. 782).

¹⁶ Da Silva (2007-2008, p. 87).

¹⁷ Da Silva (2007-2008, p. 58).

instrumental de hacer efectiva la tutela de fondo». ¹⁸ Mantendo-se fiel ao pensamento de Calamandrei, menciona que, para ser cautelar, a tutela «debe ser instrumental, es decir, debe servir, simple y llanamente, para asegurar la eficacia de la tutela de fondo neutralizando un determinado peligro en la demora». Por isso, conclui que as «medidas temporales sobre el fondo», previstas no art. 674 do CPC peruano de 1993, ¹⁹ «no son medidas cautelares, sino medidas de fondo temporales, interinales, no cautelares, destinadas a volverse definitivas e inmutables con la emisión de la sentencia de fondo, y que tienden a satisfacer en vía directa el derecho, y no a asegurar la eficacia de la tutela definitiva». ²⁰

Com isso, Eugenia Ariano Deho parece se distanciar da visão doutrinária que, no Brasil, baseando ainda em Calamandrei, rechaçada a possibilidade de uma satisfação provisória do direito e vincula satisfação à definitividade do provimento jurisdicional. Consequentemente, nos parece que a «asignación anticipada de alimentos» do art. 675 do CPC peruano, não pode ser considerada cautelar, do mesmo modo que os «alimentos provisionais» dos artigos 852 a 854 do já revogado CPC brasileiro de 1973 não poderiam ser considerados cautelares.

Porém, do nosso ponto de vista, tudo isso reforça a necessidade de uma clara distinção entre *tutela cautelar* e *tutela satisfativa de urgência* (ou, *tutela satisfativa sumária, considerando-se, como ocorre no direito positivo brasileiro, a possibilidade de tutelas satisfativas provisórias no plano normativo sem o requisito de urgência*). Para tanto, como veremos adiante, mostra-se necessário ir além do pensamento de Calamandrei acerca das tutelas de urgência, centrado na noção de *instrumentalidade qualificada* atribuída por ele como nota essencial dos provimentos cautelares.

Por sinal, este talvez seja nosso principal ponto de divergência em relação à doutrina da professora Eugenia Ariano Deho. Guiada pela doutrina de Calamandrei, a professora peruana considera que a tutela cautelar

jamás pueda ser el instrumento para tutelar directamente la situación sustancial, pues el nexo instrumental: tutela cautelar (medio) - eficaz tutela de

¹⁸ Ariano (2016e, p. 119).

¹⁹ «Artículo 674.- Medida temporal sobre el fondo. Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y, no afecten el interés público».

²⁰ Ariano (2016e, p. 121).

fondo (fin) marca esa suerte de dirección obligada de la tutela cautelar, en cuanto esta (en su contenido y efectos) está teleológicamente dirigida a hacer posible o en todo caso no convertir en inútil la tutela de fondo.²¹

Nessa linha, Eugenia Ariano Deho considera que

la tutela cautelar sirve a garantizar el resultado de cualquier proceso de cognición sea que en este se pretenda una tutela de condena, constitutiva o meramente declarativa, y no solo, sino que además tiende a asegurar también la efectividad práctica de una futura ejecución, en suma, el proceso cautelar es instrumental.²²

O peso da doutrina de Calamandrei – nítido no pensamento de Eugenia Ariano Deho – também é uma constante na tradição luso-brasileira. Isso fica bastante claro, por exemplo, quando o atual Código de Processo Civil brasileiro (CPC/2015), estabelece o art. 300 que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o *risco ao resultado útil do processo*, repetindo, pois, a ideia de que a cautelar serve como garantia do processo de conhecimento ou de execução – mais precisamente, *da jurisdição, e não do processo*, notadamente em razão de que na tradição publicista inaugurada, na Itália, por Chiovenda, o *maestro* de Calamandrei, o *processo resume-se à condição de instrumento do poder jurisdicional*.²³

É importante lembrar que, para Calamandrei,

as medidas cautelares são predispostas, mais que no interesse dos particulares, no interesse da administração da justiça, da qual garantem o bom funcionamento e ainda, se poderia dizer, o bom nome (...) este caráter eminentemente publicístico dos provimentos cautelares se revela, ainda em matéria civil, na maior energia com a qual a jurisdição se exercita, quando é dirigida a escopos cautelares: não somente na aceleração do processo e na sumariêdade da cognição, mas igualmente no crescimento dos poderes de iniciativa do juiz (...) as medidas cautelares atendem, mais que à tutela dos direitos subjetivos, à polícia do processo.²⁴

²¹ Ariano (2016b, p. 36).

²² Ariano (2016e, p. 108).

²³ No sentido de que o processualismo científico italiano enxergou o processo como um instrumento do poder jurisdicional, ver Raatz e Anchieta (2018).

²⁴ Calamandrei (1936, pp. 144-145). No mesmo sentido, Chiovenda (1936-1940, p. 215).

Segundo essas lições, no Brasil, autores como Galeno Lacerda e Humberto Theodoro Junior disseminaram a noção de que os provimentos cautelares seriam, acima de tudo, *instrumentos da atividade jurisdicional*²⁵ e, portanto, voltados a *garantir o resultado útil do processo (= do exercício do poder jurisdicional, pois, repita-se, na visão publicista o processo é instrumento do poder, e não garantia das partes)*. No fundo, trata-se de uma continuação do perfil autoritário de processo, inaugurado, entre nós, com o Código de Processo Civil de 1939,²⁶ francamente inspirado na doutrina de José Alberto dos Reis – ministro da Justiça no «Estado Novo» português –,²⁷ para quem «o processo cautelar nasce para ser posto ao serviço dum processo principal».²⁸

Aqui, nossa discordância reside na tese da *instrumentalidade elevada ao quadrado*, defendida por Calamandrei, segundo a qual os provimentos cautelares seriam um *instrumento do instrumento*: «nos provimentos cautelares, mais que o escopo de atuar o direito, prevalece o escopo imediato de assegurar a eficácia prática do provimento definitivo que servirá, por sua vez, a atuar o direito». Desse modo, «se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito substancial que, através deles atua, nos provimentos cautelares se encontra uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado».²⁹

Duas consequências práticas decorrem dessa tese: (i) a primeira, reside na possibilidade da concessão de cautelares de ofício, sem que isso represente uma

²⁵ Lacerda (2007) e Theodoro Jr. (2014).

²⁶ Sobre o tema, ver Raatz e Anchieta (2020b).

²⁷ Sobre o tema, ver Mendonça (2012).

²⁸ Reis (1985, p. 27).

²⁹ Calamandrei (1936, pp. 21-22).

violação ao «princípio dispositivo» –³⁰ afinal, se os provimentos cautelares são meros instrumentos da função jurisdicional, e não de uma situação de direito material específica, a sua concessão sem postulação da parte não caracterizaria nenhuma ingerência indevida do juiz no âmbito do direito material; (ii) a segunda, reside na impossibilidade de se conferir *autonomia material* à tutela cautelar, na medida em que, como instrumento da tutela definitiva, seria reduzida a um mero *acessório* do provimento definitivo.

A primeira consequência está bastante afinada com a visão publicista típica do processualismo científico italiano do início do século XX, segundo a qual o Estado seria interessado *não somente no objeto da lide, mas no modo em que ela se desenvolveria*.³¹ No entanto, se considerarmos a tutela cautelar como instrumental em relação ao direito material – como uma forma, pois, de proteção do direito – torna-se insustentável a possibilidade de que o juiz venha a utilizá-la de ofício. No direito brasileiro, por exemplo, seria facilmente identificável a violação ao art. 2.º do CPC, que, ao impedir o juiz de agir de ofício quanto à tutela do direito material, espelha, juntamente com os artigos 141 e 492 daquele mesmo Código, o chamado «princípio dispositivo», sendo uma expressão da autonomia privada no procedimento civil e um reforço à garantia da imparcialidade.³²

³⁰ Optamos por utilizar a expressão «princípio dispositivo» por alguns motivos. Entendemos que a expressão «princípio da demanda» além de ser limitada insere-se no contexto da doutrina italiana que, com Tito Carnacini e Mauro Cappelletti, foi responsável por deturpar o conteúdo originário do «princípio dispositivo», fracionando-o em dois planos (sentido material e sentido processual) justamente para, no âmbito da «técnica processual» liberar a atuação oficiosa do juiz. Ainda sobre o ponto, cabe lembrar que foi após a dissolução do Sacro Império Germânico, ocorrida em 1806, que, nos estados germânicos da primeira metade do século XIX, se iniciou a construção de um arcabouço teórico de combate ao modelo inquisitório. Atribui-se a Nikolaus Thaddaeus Gönner o mérito por ter criado a expressão *Verhandlungsmaxime*, em seu famoso *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, bem como por distingui-la da *Untersuchungsmaxime* (*Inquisitionsmaxime*). De início, pois, a contraposição fundamental se dava entre o chamado *princípio inquisitorial* e o *princípio do debate*. Todavia, desde a sua criação por Gönner – e talvez pela falta de precisão da terminologia por ele desenvolvida – foram surgindo algumas questões a respeito da amplitude da *Verhandlungsmaxime* (*princípio do debate*). Isso levou a que, em 1858, Ortloff sugerisse, *para contrapor o princípio inquisitório*, a utilização da expressão *Dispositionsmaxime*, o que não significava um abandono da *Verhandlungsmaxime*, mas na distinção entre dois polos de contraposição ao princípio inquisitório. Com efeito, enquanto o *princípio dispositivo* diria respeito ao poder de disposição das partes a respeito dos seus direitos e a escolha de exercê-los em juízo, o *princípio do debate* corresponderia ao poder atribuído às partes relativo ao modo de exercício dos seus direitos no processo, abarcando a utilização do processo e dos respectivos meios de prova. Sobre o tema, ver Raatz (2019).

³¹ Chiovenda (1930, p. 385).

³² Sobre o tema, ver Raatz (2019).

Desse modo, embora ainda seja altamente discutível, o juiz somente poderia conceder cautelares de ofício quando a lei, em casos específicos, assim determinasse, como ocorre no excepcionalíssimo caso do art. 628, §2.º, CPC brasileiro, segundo o qual o juiz mandará reservar o quinhão do herdeiro excluído até que se decida a questão da sua admissão no inventário.

A segunda consequência da compreensão da tutela cautelar como instrumental em relação à tutela definitiva – ausência de autonomia da tutela cautelar e, conseqüentemente, em reduzi-la à posição de acessório dos provimentos «definitivos» – é ainda problemática na legislação brasileira, na qual a tutela cautelar é colocada ao lado do «pedido principal»,³³ como se fosse dele um acessório. Da noção da tutela cautelar como um acessório da tutela definitiva, decorrem uma série de questões, como é o caso, por exemplo, da duração da tutela cautelar.

Seguindo essa linha, Euenia Ariano Deho, por exemplo, entende que a tutela cautelar está «condicionada al sobrevenir de la tutela de fondo», de modo que «cuando sobreviene la tutela de fondo, la tutela cautelar cumple su ciclo vital, y como consecuencia, se extingue, por haber cumplido su función». Assim, «por lo regular, la tutela cautelar tendrá como duración fisiológica la duración de proceso de fondo, a cuyo término la tutela cautelar o perderá toda eficacia o será absorbida por la tutela de fondo».³⁴ Como veremos a seguir, o ponto de partida teórico que seguimos – a doutrina de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva – permite que se dê um tratamento diverso ao tema, não somente no sentido de estabelecer uma nítida distinção entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, mas também de superar a visão da tutela cautelar como instrumento do instrumento, admitindo, assim, a existência de cautelares autônomas, mediante a noção de pretensão à segurança.

3. A doutrina de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva como ponto de partida teórico: uma alternativa à instrumentalidade qualificada de Calamandrei, e a necessária distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa

Como vimos no item precedente, a doutrina de Calamandrei, por considerar que a nota essencial da cautelaridade estaria na sua relação de *instrumentalidade* e, conseqüentemente, de *provisoriedade* em relação à tutela jurisdicional definitiva

³³ CPC brasileiro (2015, art. 308).

³⁴ Deho (2016c, p. 54).

e de cognição exauriente, foi incapaz de oferecer uma distinção precisa entre tutela de simples segurança – funcionalmente voltada a assegurar o direito – e tutela satisfativa de urgência – funcionalmente voltada à imediata satisfação do direito material. Com isso, igualmente, limitou a tutela cautelar a uma tutela da função jurisdicional definitiva, sendo que, desse modo, deixou de conferir tratamento adequado às cautelares autônomas.

O mesmo não pode ser dito de Pontes de Miranda, cuja doutrina sempre levou em consideração a diferença essencial entre *pretensões a executar* e *pretensões à segurança*.³⁵ Dizia o jurista brasileiro que «a pretensão a executar e a pretensão a assegurar a pretensão são pretensões diferentes: àquela corresponde a execução de sentença; a essa, a medida cautelar adequada».³⁶ Por isso, nas primeiras páginas dos seus Comentários ao CPC/73, Pontes de Miranda acusava a confusão doutrinária entre *antecipação* ou *adiantamento da execução* (que normalmente viria *após* a sentença de cognição completa) e a *asseguração da pretensão*³⁷ – campo em que estaria abrangida a tutela cautelar, a qual, para ele, concernia a prevenir, acautelar, assegurar.³⁸

Ovídio Baptista da Silva soube, como ninguém, se abeberar das lições de Pontes de Miranda e nelas identificar a premissa de que, ao monopolizar a produção do Direito, tanto no nível legislativo quanto jurisdicional, o Estado teria assumido o dever de protegê-lo seja *quando violado*, seja quando estivesse *ameaçado de violação*, para, a partir disso, conferir autonomia à chamada *tutela de simples segurança*. Em outras palavras, Ovídio identificou, na obra de Pontes de Miranda, o manancial teórico para defender a existência de duas pretensões: uma, de *natureza satisfativa* – normalmente outorgada após a declaração da existência de um direito – e, outra, de *natureza cautelar*, sendo esta última voltada simplesmente a *proteger* situações jurídicas aparentes, sem, contudo, satisfazê-las.³⁹

Indo além, Ovídio Baptista da Silva refinou a distinção entre «execução-para-segurança» e «segurança-da-execução», nela enxergando a possibilidade de estabelecer

os conceitos de execução urgente – execução-para-segurança – como sendo uma forma, como qualquer outra, de execução, apenas qualificada pela

35 Pontes de Miranda (2003, p. 118).

36 Pontes de Miranda (2003, p. 13).

37 Pontes de Miranda (2003, p. 3).

38 Pontes de Miranda (2003, p. 11).

39 Da Silva (2004, pp. 224-225).

urgência, contrapondo-a ao conceito de ‘segurança-da execução’, em que a tutela processual não vai além da proteção assegurativa a uma execução futura.⁴⁰

Com isso, Ovídio construiu, no início da década de 80, os alicerces para que, em 1994, o legislador reformista brasileiro pudesse incorporar ao Código de 1973 o instituto da «antecipação da tutela».⁴¹

Ovídio nunca deixou de exaltar a importância de Pontes de Miranda para a referida construção teórica. Dizia o professor gaúcho que a constatação em que então chegava a doutrina contemporânea de que

nem tudo o que ‘funciona’, protegendo preventivamente, seja o direito subjetivo, seja – para os que assim o consideram – a relação processual, haverá de ser considerado cautelar, fora a lição constantemente exposta pela inteligência e o saber inigualável de Pontes de Miranda.⁴²

Porém, Ovídio foi além. Mais do que denunciar a confusão dogmática presente no pensamento dos juristas italianos – que, repita-se, não conseguiram distinguir com precisão a tutela de simples segurança (cautelar) da tutela satisfativa de urgência –, Ovídio identificou nesta outra forma de *tutela antecipatória* o elemento capaz de colocar em xeque «a instituição mais glorificada e exaltada pelos construtores da moderna ciência processual, que é denominada Processo de Conhecimento».⁴³ A partir daí, tornou-se possível compreender o tema sob uma ótica muito mais complexa, desbordando-se do mero estudo dogmático das tutelas de urgência.

Nessa perspectiva, o problema relativo à tutela de urgência deixou de ficar associado à confusão conceitual entre *cautelaridade* e *satisfatividade*. É bem verdade que, ainda hoje, existem confusões a respeito, bem como muitos processualistas

⁴⁰ Da Silva (2004, p. 225).

⁴¹ Registre-se que o instituto da *antecipação da tutela*, inserido no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, cerca de vinte anos após a sua vigência, ou seja, em 1994, decorreu de uma proposta realizada por Ovídio A. Baptista da Silva em 1983. Nesse sentido, referiu o professor gaúcho: «embora pouco tenha se escrito sobre ‘antecipação da tutela’, sabe-se que sua introdução em nosso sistema teve origem numa proposta feita por mim no já longínquo ano de 1983, no inesquecível Congresso, realizado em Porto Alegre, para comemorar os dez anos da promulgação do Código de Processo Civil. Embora sua concepção atual não seja fiel ao projeto original, costumo dizer que o novo instituto deverá ser compreendido como instrumento destinado a ‘interditalizar’ o processo civil brasileiro» (Da Silva, 2014, prefácio).

⁴² Da Silva (2002, p. 219).

⁴³ Da Silva (2002, p. 219).

costumam considerar como *cautelar* tudo que é provisório, taxando de *preciosismo* a distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa.⁴⁴ Esses equívocos, porém, como magistralmente apontou Ovídio, estavam numa dimensão mais profunda que as questões dogmáticas, pois residiam nos pressupostos racionalistas presentes na moderna ciência processual.

No fundo, os pré-conceitos de parte dos juristas residiam na incapacidade de enxergar formas de tutela jurisdicionais voltadas a realizar ou acautelar pretensões de direito material tão somente com base em *cognição sumária*. O peso do paradigma racionalista mostrava-se presente, por exemplo, na ideia de que a função da jurisdição é declarar o direito com força de coisa julgada. Realmente, se isso for assim, a dignidade da tutela cautelar – como tutela de simples segurança voltada a acautelar situações jurídicas aparentes – e da própria tutela satisfativa de urgência restaria comprometida.

Ao longo da sua obra, Ovídio identificou como sendo *cinco os elementos conceituais da tutela cautelar: a situação cautelanda, o perigo de dano iminente, a temporariedade, o fumus boni juris e a sentença mandamental*. Por razões didáticas entendemos que é possível construir uma teoria geral da tutela cautelar que parte justamente do *direito substancial à cautela* (uma das notas distintivas do pensamento de Pontes e Ovídio a respeito do tema), na medida em que nele é possível conjugar os elementos *situação cautelanda, probabilidade do direito acautelado (que corresponde ao juízo de cognição sumária) e o perigo de dano iminente (do qual falamos no item precedente)*. Ao lado desses elementos, merece atenção também a *temporariedade* e a *sentença mandamental*, a qual, porém, será estudada posteriormente em conjunto com as demais possíveis eficácias da sentença, tema que, por sinal, é de extrema relevância para uma adequada compreensão da tutela antecipada.

A tutela cautelar visa a proteger uma situação de direito material, e não o processo, diante de uma situação em que o pretense direito do autor, em sua perspectiva dinâmica, encontra-se em estado de risco. O direito referido (situação cautelanda) deverá ser demonstrado como mera aparência, como probabilidade. A tutela cautelar consistirá, pois, em alguma medida tendente a assegurar a frutuosidade do direito referido, mas nunca a satisfazê-lo. *O que é satisfeito na tutela cautelar é o direito à cautela (o direito à segurança do direito), mas nunca o próprio direito protegido.*

44 Nesse sentido, Bedaque (2006, *passim*).

Esse direito que se busca proteger mediante uma tutela cautelar consiste justamente na chamada «situação cautelanda». Daí ser possível afirmar que, no plano do direito material, existe um direito à proteção do direito e um direito à satisfação do próprio direito. Esse direito à segurança do direito, denominado por Ovídio Baptista da Silva como *direito substancial de cautela*,⁴⁵ decorre, por um lado, do monopólio da jurisdição e do consequente dever do Estado de prestar tutela jurisdicional, e, por outro lado, de ser impossível que essa tutela jurisdicional seja prestada imediatamente, sem que, para tanto, seja necessário submeter-se ao tempo normal do processo. Da necessidade de proteger situações de direito material apenas aparentes, mas que devem ser submetidas a um procedimento que, minimamente, seja capaz de conferir segurança aos litigantes, surge o *direito substancial à cautela*, o qual é reconhecido sempre que o direito provável se encontra diante de uma situação real de perigo que seja capaz de torná-lo infrutuoso, vale dizer, materialmente incapaz de ser satisfeito em momento posterior.⁴⁶

Analiticamente desmembrado, o conceito de *direito substancial à cautela* pode ser encarado a partir de dois elementos: a *situação cautelanda*, vale dizer, um direito subjetivo, uma pretensão ou ação de direito material que se afigure provável, e o *perigo de um dano iminente*, requisito essencial para justificar a concessão da tutela cautelar. Esse perigo de dano, que fundamenta o direito à cautela, não se confunde com o perigo da demora exigido para a concessão da tutela antecipada. Trata-se de uma diferença sutil, na medida em que em ambos os casos a questão temporal pode ser enxergada com ares de urgências. O perigo de dano iminente irá fundamentar a urgência como um *evento imprevisto e externo ao processo capaz de causar a infrutuosidade do direito*.

Por isso é possível dizer que a situação cautelanda, ou seja, o direito que se objetiva assegurar será analisado com base em cognição sumária, mas o direito à cautela não. Esse é analisado, dentro da sua estrutura conceitual, com cognição exauriente e depende da soma da situação cautelanda e do perigo de dano iminente. Com isso, pode-se afirmar que haverá formação de coisa julgada material

45 Trata-se, pois, de um direito substancial, e não de um direito conferido pelo processo. O processo (ou melhor, a jurisdição) deve ser capaz de instrumentalizar o direito à cautela, assim como deve ser capaz de realizar no plano das relações humanas (satisfazer) os direitos que se apresentam aptos a serem objeto da tutela jurisdicional. Sobre isso, ver Silva (1991a, p. 153).

46 Conforme Ovídio A. Baptista da Silva (2007-2008), «se deve elevar a pretensão à segurança ao estado de um princípio constitucional, imanente ao Estado de Direito, como hoje, aliás, se admite, mesmo na Itália, onde maior foi a resistência contra a aceitação do chamado ‘direito substancial de cautela’» (p. 62).

quanto ao direito à cautela, mas não quanto ao direito acautelado, pois este não é analisado com base em cognição exauriente quando concedida a cautelar.⁴⁷

Para Ovídio Baptista da Silva, a tutela cautelar, portanto, protege o direito, e não o processo ou a jurisdição. Logo, «a primeira exigência que se faz presente, quando se quer conceituar o que seja a tutela cautelar, é a de estabelecer, no caso concreto, qual o interesse jurídico ameaçado de dano iminente, a carecer de proteção cautelar».⁴⁸ Isso significa que, no plano do direito material, há um direito à segurança do direito, ou, como falava Ovídio Baptista da Silva, uma *pretensão à segurança* do direito, e não do processo.⁴⁹ A fim de corroborar as lições de Ovídio, podemos citar a doutrina de Carlo Calvosa, para quem os provimentos cautelares são coordenados instrumentalmente com as situações substanciais cautelandas e, só por isso, voltados a assegurar, garantir que uma situação subjetiva substancial favorável – hipotética uma vez que ainda não acertada judicialmente – não seja prejudicada.⁵⁰

A legislação brasileira, ainda que de forma tímida, consagra a tese de que há um direito substancial à cautela vocacionado a proteger uma determinada situação de direito material (situação cautelanda), a qual, inclusive, poderia nascer antes mesmo da própria pretensão de natureza satisfativa. Supera-se, por essa via, a visão de Calamandrei no sentido de que a tutela cautelar seja marcada pela *dupla instrumentalidade*, ou seja, que ela seja instrumental em relação ao processo (de conhecimento ou de execução) e este instrumental em relação ao direito material.

Atualmente, o Código de Processo Civil brasileiro, ao prescrever em seu art. 305 que o autor, para obter uma tutela cautelar, deverá expor sumariamente *o direito que se objetiva assegurar* parece ter se inclinado favoravelmente à tese de que a tutela cautelar visa a proteger o direito, e não o processo. Paradoxalmente, porém, o mesmo Código contém previsão no art. 300 no sentido de que a tutela de urgência será concedida quando houver risco ao resultado útil do processo, o que, conforme referido anteriormente, nos remete à doutrina da instrumentalidade qualificada de Calamandrei.

Cabe ainda destacar que a situação cautelanda liga-se à provável existência de uma situação de direito material, razão pela qual, diante do perigo da

47 Sobre o tema, ver Costa (2011).

48 Da Silva (2007-2008, p. 37).

49 Da Silva (2007-2008, p. 39).

50 Calvosa (1970, p. 761).

infrutuosidade, pode nascer o direito à cautela sem que o próprio direito acautelado esteja dotado de pretensão. Trata-se, portanto, de compreender o tema a partir da clássica escada conceitual pontiana em que direito subjetivo, pretensão de direito material e ação apresentam-se como dimensões distintas de uma mesma situação de direito material. Especificamente sobre o tema, como bem adverte Ovídio, a situação em que há direitos subjetivos sem pretensão é até banal, pois basta pensarmos nas disposições dos artigos 130 e 131 do Código Civil para vermos que eles tratam de direitos ainda inexigíveis uma vez que a eles faltam pretensões satisfativas. O artigo 130 do Código Civil deixa, por sinal, muito clara a existência de uma *pretensão à segurança (à cautela do direito)* que nasce antes mesmo da própria *pretensão satisfativa*.⁵¹

Com efeito, a tutela cautelar destina-se a conferir proteção a uma pretensão à segurança (ao direito à cautela). Da existência, no plano do direito material, de um direito à cautela, que decorre, no plano do direito processual, um direito à tutela jurisdicional cautelar. O direito à cautela é composto por uma situação cautelanda que, em juízo, se apresente pelo menos provável (aferível em sede de cognição sumária) e esteja acometida do perigo da infrutuosidade. Analiticamente, o direito à cautela desmembra-se em situação cautelanda + juízo sumário + perigo da infrutuosidade.

Essa constatação é a chave para que possamos entender a autonomia da tutela cautelar. Entre a pretensão à cautela e a pretensão acautelada não há uma relação de acessoriedade, mas, sim, de referibilidade. O direito à cautela contém, no seu suporte fático, uma *referência* a uma situação cautelanda provável,⁵² e não necessariamente a uma pretensão controvertida objeto de um processo dito principal.⁵³ Nesse sentido, têm razão Mario e Enrico Dini quando afirmam ser a tutela

⁵¹ Nesse sentido: «de qualquer modo, é possível separar o direito subjetivo da respectiva exigibilidade (pretensão) que a ordem jurídica, em certas hipóteses, confere a alguém, sem que ele invoque um direito subjetivo. Claro que a situação oposta, de direitos subjetivos sem pretensões, é banal. Basta pensar nos direitos a termo e nos direitos cuja pretensão esteja prescrita. O Código Civil é claro: ‘art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo’. Cuida-se, naturalmente, das pretensões e ações cautelares. ‘Art. 131. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito’. São hipóteses indiscutíveis de direitos ainda ‘inexigíveis’, direitos a que faltam pretensões. Temos o direito, porém não podemos exigir a respectiva satisfação, a não ser – atendidos os pressupostos – o poder de exigir segurança que garanta sua futura satisfação. Nestas hipóteses, a pretensão à segurança nasce antes da pretensão satisfativa» (Da Silva, 2008, p. 94).

⁵² Costa (2016, p. 437).

⁵³ Costa (2016, p. 437).

cautelar autônoma, na medida em que existente mesmo sem saber se o direito acautelado existe, sendo, portanto, dele independente.⁵⁴

A tutela cautelar faz referência a uma situação a acautelar-se, a uma situação referida, portanto. Não se trata de referência a um processo ou sequer a uma situação de direito material necessariamente controvertida. Consequentemente, o mérito da tutela cautelar gravitará em torno de uma situação cautelanda provável e ameaçada do perigo da infrutuosidade.⁵⁵ Logo, no mérito cautelar não há referência a um «processo principal» ou a um «pedido principal», mas, sim, a uma situação cautelanda provável. A expressão «principal» remete à falsa ideia de que a cautelar é sempre acessória e dependente da existência do próprio direito a acautelar-se.

Justamente por isso que podemos afirmar a existência de coisa julgada na tutela cautelar, pois haverá juízo de cognição exauriente a respeito do mérito cautelar, ou seja, do direito à cautela (situação cautelanda + probabilidade + perigo da infrutuosidade). Somente na dita «lide principal» é que a situação cautelada (referida na cautelar) será alvo de cognição exauriente.⁵⁶ Haverá autoridade da coisa julgada no juízo cautelar relativamente à própria pretensão à segurança, e não ao direito que se busca assegurar.⁵⁷

Essas premissas nos permitem concluir que, nem sempre, a «lide cautelar» terá como consequência necessária o desencadeamento da «lide principal» (satisfativa do direito referido). Portanto, existem cautelares que, a despeito de fazerem referência a uma situação cautelanda, não são dependentes do pedido de tutela satisfativa. O mais eloquente exemplo dessa modalidade de tutela cautelar é o da *caução de dano infecto*, prevista no art. 1.280 do Código Civil brasileiro, segundo o qual o proprietário ou o possuidor tem direito de exigir caução pelo dano iminente quando o prédio vizinho ameaçar ruína. Nesse caso, a caução presta-se a assegurar o proprietário ou possuidor diante de eventuais prejuízos futuros e, uma vez prestada a caução, não há como exigir que o autor venha a formular o pedido de tutela satisfativa no prazo de trinta dias da efetivação da tutela cautelar, pois não há dano algum a ser reparado (e pode ser que ele nunca venha a ocorrer). Nesse caso, caberá àquele que prestou a caução, tão logo desapareça o perigo de

⁵⁴ Dini e Dini (1950, p. 71).

⁵⁵ Da Silva (1996, p. 171).

⁵⁶ Estamos de acordo com Eduardo José da Fonseca Costa (2016), para quem «quando o juiz julga o pedido cautelar, tem a certeza de que o ‘direito substancial a cautela’ existe [cognição exauriente]» (p. 436).

⁵⁷ Assis (2015, p. 610).

dano iminente e irreparável, requerer a extinção da garantia.⁵⁸ Também a caução prevista no art. 477 do Código Civil brasileiro, destinada a assegurar crédito ainda não exigível em caso de risco de quebra antecipada do contrato constitui espécie de cautelar autônoma. Do mesmo modo, a pretensão a assegurar provas e até mesmo o arresto para assegurar crédito ainda não exigível constituem exemplos notáveis de cautelares autônomas.⁵⁹

Por outro lado, partindo da distinção entre *segurança para execução* e *execução para segurança*, bem como da premissa de que satisfazer um direito significa realizá-lo faticamente no plano das relações humanas,⁶⁰ Ovídio A. Baptista da Silva construiu todo um arcabouço teórico em torno da distinção entre *tutela cautelar* e *tutela satisfativa de urgência*, a qual, por sua vez, de acordo com a irreversibilidade do provimento do plano fático, seria dividida em *tutela satisfativa provisional* e *tutela satisfativa autônoma*. Enquanto as primeiras, contemplariam aquelas hipóteses em que os efeitos práticos da decisão seriam reversíveis, as segundas englobariam as *tutelas satisfativas* com efeitos irreversíveis no plano prático.

No Brasil, por influência da doutrina de Ovídio A. Baptista da Silva, a Lei 8.952/94, introduziu-se, a partir de uma alteração no revogado Código de Processo Civil de 1973, o instituto da antecipação da tutela, caracterizada pela possibilidade de o juiz conceder, antes do final do processo de conhecimento, um provimento *satisfativo*, no sentido de realizar o direito, faticamente, no plano das relações humanas,⁶¹ e *provisório*, tendente a durar até que sobrevenha um provimento definitivo (sentença). Com isso, generalizou-se a equivocada ideia de que o provimento antecipatório fosse, necessariamente, satisfativo. Trata-se de um nítido equívoco, pois também é possível visualizar provimentos antecipatórios em que, liminarmente, se antecipada a tutela cautelar.

De qualquer sorte, os provimentos antecipatórios (gênero no qual se abarcou tanto a tutela satisfativa de urgência – provisional ou autônoma – quanto a tutela satisfativa de *fumus boni juris* extremado, denominada no Brasil de «tutela da evidência») podem ser considerados como provimentos jurisdicionais que visam a conferir aos cidadãos uma *tutela jurisdicional efetiva por meio de uma medida que seja imediatamente idônea a produzir efeitos em todo ou em parte coincidentes*

⁵⁸ Assis (2015, p. 610).

⁵⁹ Costa (2016, p. 442).

⁶⁰ Da Silva (1998, p. 84).

⁶¹ Da Silva (1998, p. 84).

*com a sentença final, sem a necessidade de obter a autoridade judicial de um processo fundado em cognição plena.*⁶² Ela não deixa de ser expressão do fenômeno da *era da jurisdição sem finalidade cognitiva*, de que fala Sergio Menchini.⁶³

Estruturalmente, a tutela satisfativa de urgência é caracterizada por dois elementos: *o caráter satisfativo e a provisoriedade do provimento que a concede*. Vejamos cada um deles.

O conceito de satisfação está atrelado à realização do direito material (= à realização da ação de direito material afirmada em juízo) e, por isso, liga-se à antecipação do conteúdo da tutela definitiva. Por isso, ela se assemelha à noção de *antecipação dos efeitos da decisão de mérito*,⁶⁴ em que pese, do nosso ponto de vista, ela antecipa – ainda que com juízo sumário – a própria decisão sobre o mérito da causa,⁶⁵

62 Correa (2006, p. 1265).

63 Correa (2006, p. 1265).

64 Satta e Punzi (2000, pp. 321-322).

65 Estando a jurisdição caracterizada pela definitividade do provimento (jurisdição como declaração com força de coisa julgada), não há como conceber uma decisão de mérito (que julgue o mérito parcial ou superficialmente) antes da sentença. É justamente por isso que dentro do conceito de decisão interlocutória foram abarcadas *todas as decisões* anteriores a sentença, fundando-se o conceito na noção de *prejuízo (de dano)*. Assim, um provimento antecipatório, posto que modificável pela sentença final, não seria considerado um pronunciamento sobre o direito litigioso e, desse modo, estaria afastada a possibilidade de que decisões (em sentido *lato*) acerca do mérito da causa sem cognição exauriente. Ocorre que o conceito de prejuízo é carregado por uma intrínseca ambiguidade. Prejuízo – elemento nuclear do conceito de decisão interlocutória – equivale tanto à decisão prévia (pré-juízo, pré-julgamento) quanto ao dano, no sentido de prejuízo material eventualmente sofrido pelo litigante, e que, tanto quanto um julgamento definitivo (no sentido de final e irrevogável), poderá revestir-se de caráter irreparável. Para se manter fiel aos preceitos da ordinariedade, o conceito de prejuízo acabou sendo pensando exclusivamente no sentido material (como dano), e não como juízo prévio. A decisão interlocutória não prejudica a decisão principal – a sentença –, na medida em que, no plano normativo, será sempre provisória – no sentido de que poderá ser modificada pela sentença, em que efetivamente julgado o mérito. Dito de outro modo, para o paradigma da ordinariedade, a tutela provisória não poderia ser considerada um (pré) julgamento do mérito (Da Silva, 1991b, pp. 137-138). Obviamente que uma decisão sumária é uma decisão de mérito. A aptidão para formação da coisa julgada – decorrente do maior aprofundamento da cognição – não é elemento que caracteriza o objeto analisado pelo juiz. Do contrário, o mérito da causa seria identificado não pelo conteúdo, mas pela forma com que é conhecido.

caracterizando-se por reproduzir a eficácia executiva ou mandamental presente na eventual tutela definitiva.⁶⁶

O conceito de provisoriedade alinha-se à contraposição essencial entre provisório e definitivo é bastante conhecida no direito brasileiro a partir da clássica lição de Lopes da Costa. Para ele, a barraca onde o desbravador do sertão acampa, até melhor habitação, é provisória, na medida em que irá perdurar até que seja trocada pela habitação definitiva.⁶⁷ Vale dizer, provisório é aquilo que perdura até ser substituído pelo definitivo. Nisso, se revela mais uma distinção entre a tutela satisfativa de urgência e a tutela cautelar, a qual é caracterizada pela *temporariedade*, sendo exemplificada pelos andaimes de uma construção, os quais «ficam apenas até que se acabe o trabalho no exterior do prédio», sendo, pois, definitivos, no sentido de que nada virá a substituí-los.⁶⁸

Com efeito, enquanto aquilo que é provisório tende a durar até que seja trocado por algo, de igual natureza, porém definitivo, o temporário tem duração indefinida, uma vez que deverá perdurar enquanto for necessário. Os andaimes têm duração indeterminada quando utilizados para a pintura de um prédio em construção; porém, não são substituídos pelo prédio. Os andaimes esgotam-se em sua finalidade, assim como a barraca quando do término das férias. Isso não significa que, em nenhum desses dois casos, a barraca os andaimes sejam trocados por algo definitivo da mesma natureza. O evento futuro que eventualmente os torna desnecessários goza de natureza e serventia distintas. Por isso, os provimentos cautelares não deverão, conforme Ovídio A. Baptista da Silva, «ter sua duração determinada pela emanção de uma providência definitiva *que as substitua*, mas haverão de durar enquanto dure o *estado perigoso*, e não mais!». ⁶⁹

66 Da Silva (2007-2008, p. 86). O aprofundamento dessa questão requer uma abordagem da classificação das ações de direito material e das sentenças de procedência, bem como da teoria da constante quinze, desenvolvida por Pontes de Miranda (1998), para quem «não há, nem nunca houve, pois, sentença pura, de modo que a qualidade de cada uma resulta da qualidade ou intensidade de um dos elementos» (p. 290). No mesmo sentido, refere Ovídio que «*as sentenças contém mais de uma eficácia, sendo impossível, ou ao menos muito rara, a ocorrência de sentenças que sejam puramente declaratórias ou apenas condenatórias, ou constitutivas, ou executivas ou somente mandamentais, sem que qualquer delas não contenha, em doses menos intensas, outra ou outras eficácias*» (Da Silva, 2005, p. 117). Para um aprofundamento do tema, ver Raatz (2018).

67 Lopes da Costa (1966, pp. 15-16).

68 Lopes da Costa (1958, p. 16).

69 Da Silva (2007-2008, p. 55).

A compreensão da *tutela antecipada* do direito brasileiro (que, nos termos da legislação brasileira, contempla a tutela satisfativa interinal/provisória e a tutela satisfativa autônoma) passa pela premissa de que o conceito de provisoriedade pode ser visualizado tanto no plano normativo quanto no plano fático.⁷⁰ Conforme Cécile Chainais, o fato de a decisão ser provisória não faz com que os seus efeitos não tenham aptidão para se tornarem definitivos, assim como a aptidão de os efeitos de uma decisão tornarem-se definitivos não retira o caráter provisório da decisão que os produziu.⁷¹ Nessa linha, o direito brasileiro contempla tanto a *tutela satisfativa provisional*, cuja marca decisiva é a *dupla provisoriedade*, na medida em que as tutelas satisfativas provisionais são provisórias «enquanto decisões modificáveis pela sentença final e são igualmente provisórias *em seus efeitos*»,⁷² quanto a *tutela satisfativa autônoma*, que consiste numa forma de *tutela de cognição sumária definitiva no plano prático*, tendo em vista que não é provisória em seus efeitos e, portanto, determina «consequências que somente poderão ser reparadas por meio de alguma forma subsequente de reposição (indenização) monetária».⁷³

No que tange aos requisitos para a concessão da tutela antecipada, o direito brasileiro trabalha com a conjugação dos elementos da sumariedade da cognição e a urgência. Contudo, como bem destaca Ovídio A. Baptista da Silva, a urgência necessária para a concessão da tutela satisfativa não se identifica com aquela exigida para a concessão dos provimentos cautelares. Nisso, parece haver convergência entre o pensamento de Ovídio e a doutrina de Calamandrei, seguida integralmente no ponto pela professora Eugenia Ariano Deho, em que pese diverjam quanto à catalogação do grupo «c» da classificação de Calamandrei no âmbito dos provimentos cautelares. Justamente por isso, abordaremos, no próximo tópico, a questão da urgência e como o seu desenvolvimento pode servir não somente para auxiliar na diferenciação entre «tutela cautelar» e «tutela satisfativa», mas, igualmente, para oferecer respostas para a problemática da concessão das tutelas de urgência *inaudita altera parte*.

⁷⁰ Tommaseo (1983, p. 150).

⁷¹ Chainais (2007, p. 223). Há, no ponto, uma nítida cisão entre eficácia e efeitos do provimento jurisdicional, o que, no direito brasileiro, foi bem apreendido por Barbosa Moreira quando do estudo da coisa julgada. A respeito, ver Barbosa Moreira (1984, pp. 100-101).

⁷² Da Silva (2007-2008, p. 86).

⁷³ Da Silva (2007-2008, p. 59).

4. Da necessária distinção entre *pericolo di infruttuosità/perigo de dano imminente* e *pericolo di tardività/perigo da demora para a compreensão das «tutelas de urgência»*

No Brasil, nem a legislação, nem parcela da doutrina consideram importante a distinção feita por Calamandrei entre *perigo da infrutuosidade* e *perigo da tardança*. Contudo, conforme adverte Eugenia Ariano Deho, a existência, no caso concreto, de qualquer destes perigos é tão importante que será o perigo em concreto a neutralizar que determinará o conteúdo da «medida cautelar».⁷⁴ De fato, as duas situações não se confundem.

Na primeira delas, no curso do desenvolvimento do tempo normal do processo (ou antes mesmo dele ser iniciado), despontam fatos idôneos a obstar a frutuosidade prática de um suposto direito. Na segunda situação, o próprio direito material afirmado pelo autor não pode permanecer em um estado de insatisfação por todo o tempo necessário para a prolação da sentença fundada em cognição plena e exauriente, sob pena de o autor sofrer um prejuízo juridicamente relevante.⁷⁵

A diferença entre as duas situações é que, na primeira, a urgência se dá por um evento imprevisto externo ao processo (anterior ou contemporâneo a ele) que poderá causar a infrutuosidade do direito afirmado pela parte autora, como, por exemplo, a dispersão dos bens do devedor; na segunda, o próprio direito, pela sua natureza ou pela situação concreta, não pode suportar o tempo do processo (que já existe ou ainda não foi iniciado). Porém, em ambas, o tempo é tomado como urgência.

Para Ovídio, a confusão conceitual entre as duas situações de urgência deriva da própria falta de cuidado acerca da distinção entre a satisfação antecipada e a forma de tutela outorgada contra o *estado perigoso* (tutela cautelar) que, sem implicar satisfação do direito protegido, visa somente a protegê-lo. Tal distinção era, no entanto, feita com razoável clareza pelos juristas medievais a partir do manejo de dois conceitos fundamentais, quais seja, os conceitos de *periculum in mora* e *periculum damnum irreparabile*.⁷⁶

A categoria a que correspondia ao conceito de *periculum in mora* dizia respeito a *certas causas* que, por sua simplicidade, ou por sua relevância, ou mesmo

⁷⁴ Ariano (2016d, p. 95).

⁷⁵ Proto Pisani (1998, p. 27).

⁷⁶ Da Silva (2007-2008, pp. 42-49).

pela urgência com que exigiam uma resposta jurisdicional, recomendavam que as tratasse por meio de um «processo materialmente sumário», enquanto que, na tutela concedida nos casos de perigo de *damnum irreparabile*, a resposta jurisdicional nada tinha a ver com a *natureza da causa*, mas com a irrupção de um elemento ocasional de risco de dano iminente, capaz de correr, em princípio, com relação a qualquer causa. Nas hipóteses em que se tutelava o direito com base no *periculum in mora*, cumpria-se uma das condições que determinaram a sumarização procedimental no Direito medieval: o encurtamento do tempo necessário à obtenção da tutela satisfativa, extirpando-se do procedimento ordinário todas as formalidades tornadas inúteis; nos casos de proteção contra o *damnum irreparabile*, ao contrário, a tutela se orientava no sentido da outorga de uma garantia jurisdicional contra um estado emergencial, surgindo em razão de *circunstâncias extraordinárias* e que permitiam que se protegesse o direito, sem que o provimento judicial o realizasse antecipadamente.⁷⁷

Na primeira hipótese (*periculum in mora*) não se tratava de eventos porventura surgidos como uma forma de *anomalia circunstancial*, a colocar em risco o direito da parte; ao contrário, é a própria causa que determina o tratamento diferenciado e sumário. É ela que não se compadece com a demora procedimental. Quanto ao *periculum in mora*, pois, sua ligação com a ideia de *aceleração procedimental* é inocultável, o que significa dizer que, aqui, a urgência decorre da lentidão própria do procedimento comum, contra o qual se concebe o tratamento diferenciado da causa, que, todavia, embora encurtada, continuava ordinária (no sentido de uma tutela satisfativa).⁷⁸

Essa dupla perspectiva quanto à urgência, responsável por auxiliar na distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa, desenvolvida por Ovídio a partir dos conceitos de *periculum in mora* e *periculum damnum irreparabile*, é similar à diferenciação que Calamandrei faz entre o *pericolo di infruttuosità* e *pericolo di tardività*. Com efeito, o *periculum damnum irreparabile* – equivalente ao *pericolo di infruttuosità* – será sempre um evento imprevisto, decorrente de uma emergência circunstancial que a ordem jurídica tutela através das medidas cautelares,⁷⁹ ao passo que o *periculum in mora* – equivalente ao *pericolo di tardività* – diz respeito à demora inerente ao procedimento e ao provável prejuízo que advirá ao titular do direito material na hipótese de ter que aguardar o seu tempo normal

⁷⁷ Da Silva (1996, p. 12).

⁷⁸ Da Silva (1996, p. 13).

⁷⁹ Da Silva (2007-2008, p. 54).

para obter a sua satisfação. Aqui, o provimento jurisdicional visa a acelerar, de modo provisório, a satisfação do direito, na medida em que o *periculum in mora* é constituído pelo retardo do estado de insatisfação do direito frente à demora do procedimento ordinário.⁸⁰

Consequência disso é o fato de que o perigo de dano irreparável (perigo da infrutuosidade) não poderá ser *normativamente previsto* pelo legislador antes dos casos concretos que irão justificar a necessidade de uma tutela cautelar. Daí o equívoco do Código de 1973 ao tentar descrever, de forma taxativa, as situações em que determinado direito estaria sob o perigo da infrutuosidade. No que tange ao *periculum in mora*, o dano ao direito diz respeito unicamente à morosidade do «procedimento ordinário», razão pela qual é possível que, previamente, sejam eleitas causas que justificam um tratamento diferenciado, na medida em que não se afeiçoam ao tempo normal do processo, sendo o *periculum in mora* normado.⁸¹

É o que ocorre, por exemplo, com as liminares possessórias do direito brasileiro, cuja concessão independe da comprovação da urgência quando propostas no prazo de ano e dia do esbulho ou da turbação.⁸² Trata-se de hipótese que, pela natureza do direito posto em causa – direito de reaver a coisa –, o legislador presume a urgência, materializada no prejuízo decorrente do estado de insatisfação do direito durante todo o tempo normal do procedimento.⁸³ Caso muito semelhante é trabalhado por Eugenia Ariano Deho quando trata do procedimento endereçado à obtenção de alimentos, em que o legislador comumente «presume» o perigo da tardança, não exigida a sua comprovação pela parte que postula os alimentos.⁸⁴

5. Tutelas sumárias e violação do direito fundamental ao contraditório

Eugenia Ariano Deho tece duras críticas ao procedimento instituído pela legislação peruana para a concessão de medidas cautelares, a qual estabelece que «la petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada». O art. 637 do de 1993 CPC peruano prescreve, ainda, que «al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien

80 Calamandrei (1936, p. 56).

81 Da Silva (2007-2008, pp. 53-54).

82 CPC brasileiro (2015, arts. 561 e 562 do).

83 Seguem a mesma lógica as liminares previstas nas ações de despejo, conforme o art. 59, §1.º, da Lei 8.245/91, conhecida, no Brasil, como lei do inquilinato.

84 Ariano (2016h, p. 260).

recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo».⁸⁵

Sob essa perspectiva, a legislação peruana nem sequer contemplaria a tese de que, para assegurar a efetividade da medida, a oitiva da parte contrária seria diferida. Porém, Ariano sustenta:

no es que el juez de la cautela ‘difiera’ la audición del contrario, sino que simplemente no lo ‘escucha’ (ni antes ni después), pues el único camino que tiene el ‘afectado’, como ya se dijo, es apelar. O sea que quien podría ‘oír’ al ‘afectado’ es un juez distinto del que dictó la medida cautelar.⁸⁶

Afora o problema procedimental específico da legislação peruana, na qual o chamado «contraditório diferido» inexistente perante o juízo em que concedida a medida cautelar, Eugenia Ariano Deho parece ter uma posição bastante restritiva no tocante ao deferimento liminar das medidas cautelares (aqui compreendidas tanto as genuínas cautelares quanto às tutelas satisfativas do grupo «c» da classificação de Calamandrei). Nesse sentido, refere que:

en los ordenamientos ‘normales’, la no audición de la contraparte a efectos de conceder tutela cautelar o se justifica por la extrema urgencia de cautelar una determinada situación jurídica o en el que el conocimiento de la otra parte puede poner en riesgo la efectividad misma de la medida.⁸⁷

A garantia do contraditório recebe, no direito brasileiro, *status* de *direito fundamental*, estando contemplada no art. 5.º, LV, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que «aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes». O núcleo do contraditório reside em estabelecer um direito à parte de ser *informada* a respeito das alegações formuladas pela parte contrária e o direito de *reagir*; vale dizer, *de contrapor essas alegações* antes

85 Deho (2016f, p. 137).

86 Ariano (2016f, p. 137).

87 Ariano (2016g). Nesse sentido «se piense en un embargo. Dispuesto este inaudita altera pars, si él no se ha ejecutado aún (es decir, si aún no se han aprehendido los bienes muebles, anotado en un registro u ordenado al tercero retener el bien) y el embargado viene notificado de la existencia del embargo, es altamente probable que la resolución no podrá ‘ejecutarse’ (porque ya no se encuentran los bienes muebles, se ha inscrito ya un acto traslativo, se ha retirado el bien en poder de un tercero), condenando, como consecuencia a la ineficacia de la medida cautelar» (p. 250).

que seja proferida decisão judicial que seja potencialmente capaz de interferir negativamente em sua esfera jurídica.

Trata-se da consagração do brocardo *audiatur et altera pars*, referindo-se, portanto, à ideia de a alegação de um só homem não é alegação, devendo o juiz ouvir a ambas as partes, conforme a fórmula do brocardo alemão medieval «*einse mannes red ist keine red, der Richter soll die deel verhoeren beed*». ⁸⁸ O contraditório, nessa linha, é compreendido como uma garantia de defesa das partes, substanciada no *binômio informação-reação*, sendo, pois, essencial para que cada parte tenha a liberdade de atacar e de se defender, com ampla oportunidade de conhecer e discutir os documentos e provas apresentadas. ⁸⁹

O contraditório é, desse modo, um dos elementos essenciais do *devido processo* legal. ⁹⁰ Desse modo, uma adequada compreensão do contraditório pressupõe que se esclareça o que significa dizer que o processo é um direito fundamental. Para tanto, nosso ponto de partida é a «teoria liberal» ou cidadã dos direitos fundamentais (*bürgerlich-liberale Grundrechtstheorie*), ⁹¹ proposta na Alemanha, dentre outros, por Bernhard Schlink e, no Brasil, por Leonardo Martins e Dimitri Dimoulious. ⁹² Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais devem ser encarados como «*direitos de resistência à intervenção estatal*», de modo que

se os problemas da relação entre o Estado e o cidadão forem mesmo para serem compreendidos a partir dos direitos fundamentais, então eles teriam que ser compreendidos a partir das categorias da ‘intervenção’, da ‘resistência à intervenção’ e do ‘limite à intervenção’.

Consequentemente, não somente os direitos fundamentais representam uma espécie de resistência como reserva de lei, mas, também, que as intervenções legais devem ser proporcionais, ⁹³ o que por sua vez, nos permite recolocar a proporcionalidade no seu lugar originário, que é o de garantia contra o poder, e não

88 Millar (1945, p. 47).

89 Vicent (1973, p. 445).

90 Constituição da República Federativa do Brasil (1988, art. 5.º, LIV).

91 Schlink (2017, p. 261).

92 Martins e Dimoulious (2014).

93 Schlink (2017, p. 263).

de ferramenta a favor do poder.⁹⁴ Essa mudança de perspectiva tende a oferecer resultados bastante frutíferos para uma compreensão constitucionalmente adequada do fenômeno processual.⁹⁵

Ora, «os direitos fundamentais em sentido próprio são essencialmente direitos do homem livre e, por certo, direitos que ele tem frente ao Estado». E, desse modo, a significação basilar dos direitos fundamentais está alicerçada naquilo que Carl Schmitt denominou de «princípio da distribuição», vale dizer, «*uma esfera de liberdade do indivíduo, em princípio ilimitada, e uma possibilidade de ingerência do Estado, em princípio limitada, mensurável e controlável*».⁹⁶ Desse modo, se o processo é um direito fundamental, o elemento central da dogmática processual – e igualmente da teoria dos direitos fundamentais – é a preservação da liberdade individual (esfera de liberdade do indivíduo). Logo, a ingerência estatal, na esfera de liberdade do indivíduo, mediante o exercício do poder jurisdicional, deve ser limitada e controlada pelo processo. Por isso, a inexorável relação entre a noção dos *direitos fundamentais como direito de defesa/resistência* e a noção de processo como *garantia de liberdade*.⁹⁷

Consequentemente, a noção de *processo como direito fundamental* reforça a perspectiva teórica que marca o *garantismo processual*, para o qual o *processo é garantia contrajurisdicional de liberdade*. Não por acaso, a Constituição brasileira primeiramente trata do processo no rol das garantias do cidadão (Título II) e, depois, trata da jurisdição no rol dos poderes do Estado (Título IV).⁹⁸ Com isso, supera-se a visão do processo como instrumento do poder jurisdicional – típica do *publicismo processual*, que, no Brasil, costuma ser denominado de *instrumentalismo processual* – responsável, inclusive, por uma deturpação da própria noção garantística do contraditório.⁹⁹

A legislação infraconstitucional brasileira considera que o *contraditório prévio* é a regra, estabelecendo, no *caput* do art. 9.º, do CPC, que «*não se proferirá*

94 Como bem destacado por Eduardo José da Fonseca Costa, algumas garantias como a proporcionalidade e a eficiência, foram capturadas pelo Estado (tendo em vista a minguada de uma garantística, que as fizesse melhor compreendidas e, em consequência, imunes à captura). De contra-estatal se degradaram em pró-estatal. De garantia em instrumento. De escudo em arma. Costa (2019a). Sobre a noção de proporcionalidade como garantia, ver Dietrich (2020).

95 Para um aprofundamento do tema, ver Raatz (2020).

96 Schmitt (1996, p. 170).

97 Sobre essa relação, ver Dalla Barba (2020).

98 Costa (2019b). Também Delfino (2017, p. 216).

99 Sobre o tema, ver Raatz e Anchieta (2020a).

decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida». Excepcionalmente, admite-se o chamado *contraditório diferido*, compreendido na instauração do contraditório após ter sido proferida a decisão em desfavor da parte ré, a qual contará, então, com ampla possibilidade de discussão da questão no mesmo procedimento, perante o mesmo órgão julgador.¹⁰⁰ Nesse caso, após ter sido efetivada a tutela de urgência, «o réu readquirirá o seu direito natural de defesa».¹⁰¹ No direito brasileiro, há previsão expressa no sentido da não aplicação do *caput* do art. 9.º do CPC à «tutela provisória de urgência» e «às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III».¹⁰²

Ainda que o direito brasileiro estabeleça – no plano infraconstitucional – a possibilidade de que se excepcione o *contraditório prévio* no âmbito da «tutela provisória de urgência», cabe questionar se *toda e qualquer* situação de urgência é capaz de autorizar essa espécie de relativização do contraditório. Para tanto, é necessário cotejar os conceitos utilizados para caracterização da urgência no âmbito da tutela cautelar e da tutela antecipada na legislação brasileira, com os conceitos anteriormente referidos (*perigo da demora/pericolo di tardività* e *perigo de dano iminente/pericolo di infruttuosità*).

O Código de Processo Civil brasileiro estabelece, como requisito para a concessão da tutela de urgência (compreendendo-se, nesse conceito, tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada), a existência de elementos que evidenciem *o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*.¹⁰³ Nota-se, portanto, que faltou apuro técnico ao legislador brasileiro, seja por ter supostamente unificado os requisitos para as duas espécies de tutela de urgência (cautelar e antecipada), seja por empregar expressões que não refletem apropriadamente o elemento da urgência, necessário para a concessão da tutela cautelar e da tutela antecipada.

Parece-nos que a melhor interpretação possível do referido dispositivo deverá pressupor que a expressão *perigo de dano* seja reservada às tutelas de urgência de natureza satisfativa (tutela antecipada) e que a expressão *risco ao resultado útil do processo* seja reservada à tutela cautelar. Entendemos, ainda, que a expressão *perigo de dano* é insuficiente para dar conta de todas as situações de urgência que ensejam a concessão da tutela antecipada. Basta, para tanto, pensarmos nas

¹⁰⁰Da Silva (2007-2008, p. 31).

¹⁰¹Lopes da Costa (1958, p. 29).

¹⁰²CPC brasileiro (2015, art. 9.º, parágrafo único, I e II).

¹⁰³CPC brasileiro (2015, art. 300, *caput*).

hipóteses de «tutela inibitória», nas quais, para a análise da tutela definitiva, dispensa-se qualquer discussão acerca do dano, bem como da culpa ou dolo.¹⁰⁴

Nesses casos, ao utilizar a expressão *perigo de dano* para a concessão da tutela antecipada, teríamos uma estranha situação na qual a tutela definitiva dispensa a discussão sobre o dano – estando, portanto, limitada no plano horizontal a cognição – exigindo menos para a sua concessão que a própria tutela de cognição sumária. Por isso, nesses casos, deve-se considerar a expressão *perigo de ilícito* ou, de modo mais claro e abrangente, *perigo da demora* (= *pericolo di tardività*). Do contrário, teríamos que considerar que o legislador brasileiro negou a possibilidade de tutela de urgência no âmbito da tutela inibitória, o que, certamente, representaria uma violação ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.¹⁰⁵

Voltando à indagação anterior, somos obrigados a concluir que a *concessão liminar (sem o prévio contraditório) das tutelas antecipadas, com base, simplesmente, na exigência do perigo de dano (= perigo da demora/pericolo di tardività), nos moldes em que, textualmente, autoriza o art. 9.º, parágrafo único, I, do CPC brasileiro, representa uma afronta ao direito fundamental ao contraditório*. Isso porque, o mero perigo de dano (leia-se, risco de prejuízo em razão da insatisfação/violação do direito afirmado em razão do tempo normal do procedimento) não justifica limitar o contraditório. Consequentemente, *a interferência do poder jurisdicional-estatal na esfera de liberdade do réu sem o prévio contraditório será desproporcional quando inexistir situação de urgência extremada*.¹⁰⁶

Dito de outro modo, sempre que, antes da apreciação do pedido de tutela antecipada, a oitiva da parte ré não torne impossível a imediata satisfação do direito do autor, o contraditório prévio deverá ser preservado. Somente será admissível a concessão *inaudita altera parte* da tutela antecipada quando a ocorrência do dano à parte autora (ou do ilícito, em se tratando de tutela inibitória) não possa ser neutralizada antes da manifestação da parte ré. A concessão liminar da tutela antecipada deve ser, portanto, a exceção, e não a regra,¹⁰⁷ de modo que, sendo possível optar pela modalidade prévia do contraditório ao invés da modalidade diferida, sem que isso cause prejuízo ao autor, deverá prevalecer o contraditório

¹⁰⁴ CPC brasileiro (2015, art. 497, parágrafo único).

¹⁰⁵ Constituição da República Federativa do Brasil (1988, art. 5.º, XXXV).

¹⁰⁶ O conceito de proporcionalidade aqui utilizado é o desenvolvido pelo BVerfG e consagrado na dogmática constitucional alemã, composto por quatro etapas (legitimidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Para um aprofundamento do tema, sugere-se a leitura de Laurentiis (2015).

¹⁰⁷ Nesse sentido, Zavascki (2009, p. 119), Costa (2016, pp. 417-418) e Assis (2015, p. 435).

prévio, atingindo-se, assim, o fim almejado (neutralização da situação de urgência) do modo menos gravoso à parte ré, preservando, na sua integralidade, o direito fundamental ao contraditório.

O conceito de *urgência extremada* possui o mesmo significado da expressão *perigo de dano irreparável ou de difícil reparação* que Código de Processo Civil brasileiro de 1973 utilizava como requisito para a concessão da tutela antecipada. Na prática judiciária brasileira, porém, a concessão liminar das tutelas de urgência, notadamente da tutela antecipada, foi banalizada. Dizer que o direito afirmado pelo autor não se afeiçoa ao tempo normal do procedimento, e que, por isso, é necessário neutralizar a situação de urgência para evitar um dano, não é o mesmo que dizer que o direito afirmado não pode suportar um estado de insatisfação até que seja estabelecido o contraditório.

O caso, por exemplo, do autor que busca a retirada do seu nome dos órgãos de proteção ao crédito antes da tutela definitiva, pode estar baseado tanto (a) no simples perigo da demora – que decorre da violação de seus direitos de personalidade ao longo de todo o tempo necessário para que seja concedida à tutela definitiva – quanto na alegação de que (b) a indevida inscrição do seu nome em órgãos de proteção ao crédito lhe impedirá de participar de um procedimento licitatório que ocorrerá em 10 dias ou de obter um empréstimo imprescindível para pagar os empregados de uma empresa no corrente mês.

No caso «a», a concessão da tutela antecipada com a postergação do contraditório representa uma interferência desproporcional na esfera jurídica do réu, na medida em que o contraditório prévio não causará um dano irreparável ou de difícil reparação ao autor, diferentemente do que aconteceria no caso «b», no qual a oitiva da parte ré antes da concessão/denegação da tutela antecipada ocasionará uma interferência proporcional à garantia do contraditório, pois é a única alternativa para evitar um dano irreparável ao autor, tratando-se, pois, de medida legítima, adequada, necessária e proporcional – se comparada com a modalidade diferida do contraditório – para neutralizar a urgência (interesse do autor) e preservar a garantia do contraditório (interesse do réu).

Nota-se, portanto, que se for possível evitar interferências ao direito fundamental ao contraditório (preservando-se a modalidade prévia) e, ainda assim, apreciar o pedido de tutela de urgência (após ter sido oportunizada a oitiva do réu) sem que isso cause dano irreparável ao autor, essa será a medida a ser adotada, sob pena de configurar-se afronta à proporcionalidade (=dentre duas medidas legítimas, necessária e adequadas deve-se optar pela menos gravosa aos direitos fundamentais). Nessa linha, eis um problema acerca do qual a doutrina necessita urgentemente se debruçar: boa parte das intervenções estatais jurisdicionais

representam, ao mesmo tempo, medidas para a satisfação de interesses da parte autora que, ao mesmo tempo, interferem na esfera de liberdade da parte ré. Por isso, o debate acerca da proporcionalidade na perspectiva garantista é tão importante.

6. Conclusão

Apesar das inúmeras divergências teóricas apontadas neste texto – as quais são, em grande medida, fruto de pontos de partida doutrinários distintos acerca das «tutelas de urgência» – a visão (garantista) que possuímos em comum com a professora Eugenia Ariano Deho acerca do processo – compreendido como garantia do indivíduo, e não como instrumento do Estado, como é típico do publicismo processual – faz com que o diálogo aqui proposto seja bastante frutífero. Por sinal, as advertências de Eugenia Ariano Deho acerca da concessão *inaudita altera parte* das tutelas de urgência merecem ser lidas e refletidas no Brasil, país onde, apesar das inúmeras conquistas teóricas a respeito das «tutelas de urgência», a banalização das liminares é somente mais um dos reflexos do publicismo processual, uma herança do Código de Processo Civil de 1939 brasileiro de 1939 (fruto de um regime político ditatorial), que segue bastante viva em nossas instituições jurídicas e na processualística dos países de América Latina.

Bibliografia

Ariano, E. (2016a).

Prólogo. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ariano, E. (2016b).

La instrumentalidad de la tutela cautelar. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ariano, E. (2016c).

Estabilidad de la tutela cautelar. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ariano, E. (2016d).

Situación cautelable, verosimilitud y periculum in mora. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Ariano, E. (2016e).
El poder general de cautela. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ariano, E. (2016f).
¿Jugando a ser dioses? La discrecionalidad del juez en el proceso cautelar. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta jurídica.
- Ariano, E. (2016g).
El “nuevo” procedimiento cautelar. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta jurídica.
- Ariano, E. (2016g).
La tutela cautelar y los equívocos mensajes del código procesal civil. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta jurídica.
- Alvaro de Oliveira, C. A., & Lacerda, G. (1998).
Comentários ao código de processo civil (arts. 813 a 889) (3.^a ed., vol. VIII, t. II). Rio de Janeiro: Forense.
- Assis, A. de (2015).
Processo civil brasileiro. volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Barbosa Moreira, J. C. (1984).
Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de direito processual: terceira série* (pp. 99-114). São Paulo: Saraiva.
- Bedaque, J. R. dos S. (2006).
Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização) (4.^a ed.). São Paulo: Malheiros.
- Calamandrei, P. (1936).
Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova: Cedam.
- Calvosa, C. (1970).
Il processo cautelare (i sequestri e i provvedimenti d'urgenza). Torino: Unione tipografica - editrice torinese.
- Chainais, C. (2007).
La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien. Paris: Dalloz.

Chiovenda, G. (1930).

Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. Em *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930), Volume primo*. Roma: Società Editrice Foro Italiano.

Chiovenda, G. (1936-1940).

Instituciones de derecho procesal civil. Madrid: Revista de Derecho Privado.

Correa, U. (2006).

Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria. *Rivista di diritto processuale*, 61(4), 1251-1272.

Costa, E. J. da F. (2011).

Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista. *Revista de Processo*, 36(191), 357-376.

Costa, E. J. da F. (2016).

Art. 302. Em Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Cunha (orgs.), *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva.

Costa, E. J. da F. (2019a).

Notas para uma garantística. *Empório do direito*, (40). <http://bit.ly/31nL6XX>

Costa, E. J. da F. (2019b).

O processo como instituição de garantia. Consultor Jurídico. <http://bit.ly/35KWtwT>

Dalla Barba, R. G. (2020).

Se o processo é uma garantia de liberdade, ele é um direito de defesa. *Empório do Direito, Coluna Garantismo Processual*, (46). <https://emporiiododireito.com.br/leitura/46-se-o-processo-e-uma-garantia-de-liberdade-ele-e-um-direito-de-defesa>

Da Silva, O. A. B. (1991a).

A ação cautelar inominada no direito brasileiro: de acordo com a Constituição de 1988 (2.^a ed.). Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. (1991b).

Decisões interlocutórias e sentenças liminares. *AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, 18(51).

Da Silva, O. A. B. (1996).

Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. da. (1998).

Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência) (2.^a ed., vol. 3). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Da Silva, O. A. B. (2002).

Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança. Em *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. (2004).

Uso alternativo do procedimento ordinário: tutelas de urgência. Em *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. (2005).

Curso de processo civil (7.^a ed., vol. 1). Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. (2007).

Jurisdição e execução na tradição romano-canônica (3.^a ed.). Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. (2007-2008).

Curso de processo civil: v.2, processo cautelar (tutelas de urgência) (4.^a ed.). Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. (2008).

Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. (2014).

Prefácio. Em L. F. Gomes, *Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela (direito e pós-modernidade)* (2.^a ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

De Laurentiis, L. C. (2015).

A proporcionalidade no direito constitucional: Origem, modelos e reconstrução dogmática [tese de doutorado em Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo].

De Mendonça, L. C. (2012).

80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português. Em Juan Montero Aroca (dir.), *Proceso civil e ideologia* (pp. 375-430). Valencia: Tirant Lo blanch.

Delfino, L. (2017).

Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional. *Revista brasileira de direito processual (RBDPro)*, 25(98), 207-222.

Dietrich, W. G. (2019).

Proporcionalidade irracional: qual delas? *Empório do direito, Coluna garantismo processual*, (43). <https://emporiiododireito.com.br/leitura/43-proporcionalidade-irracional-qual-delas>

Dimoulius, D., & Martins, L. (2014).

Teoria geral dos direitos fundamentais (5.^a ed. revista, atualizada e ampliada). São Paulo: Atlas.

Dini, M., & Dini, E. A. (1950).

I provvedimenti d'urgenza: nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro (art. 700 a 702 Cod. Proc. Civ.) (5.^a ed. t. I). Milano: Giuffrè.

Empório do Direito. (2019).

Coluna Garantismo processual. <https://emporiiododireito.com.br/colunas/garantismo-processual>

Lacerda, G. (2007).

Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 796 a 812) (10.^a ed., vol. VIII, t. I). Rio de Janeiro: Forense.

Lopes da Costa, A. A. (1958).

Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação (2.^a ed.). Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares editora.

Lopes da Costa, A. A. (1966).

Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação (3.^a ed.). São Paulo: Sugestões Literárias.

Martins, V. A. A. B. (2000).

Comentários ao código de processo civil: volume 12, do processo cautelar (arts. 813 a 889). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Menchini, S. (2006).

Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. *Rivista di diritto processuale*, 61(3), 869-902.

Millar, R. W. (1945).

Los principios formativos del procedimiento civil. Buenos Aires: Ediar.

Pontes de Miranda, F. C. (1998).

Tratado das ações. Campinas: Bookseller.

Pontes de Miranda, F. C. (2003).

Comentários ao código de processo civil (arts. 796-889) (2.^a ed. revista e aumentada, t. XII). Rio de Janeiro: Forense.

Proto Pisani, A. (1998).

La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de processo*, 90(23), 22-35.

Raatz, I. (2018).

Tutelas provisórias no processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Raatz, I. (2019).

Autonomia privada e processo (2.^a ed.). Salvador: JusPodivm.

Raatz, I. (2020).

O processo como direito fundamental. *Empório do direito, Coluna garantismo processual*. <https://emporiiododireito.com.br/leitura/35-o-processo-como-direito-fundamental>

Raatz, I., & Anchieta, N. (2018).

Uma “teoria do processo” sem processo? A breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. *Revista brasileira de direito processual (RBDPro)*, 26(103), 173-192.

Raatz, I., & Anchieta, N. (2020a).

Contraditório em “sentido forte”: uma forma de compensação das posturas judiciais instrumentalistas? *Empório do direito, Coluna garantismo processual*, (31). <https://emporiiododireito.com.br/leitura/31-contraditorio-em-sentido-for-te-uma-forma-de-compensacao-das-posturas-judiciais-instrumentalistas>

Raatz, I., & Anchieta, N. (2020b).

Das raízes do instrumentalismo processual. *Empório do direito, Coluna Garantismo Processual*, (110). <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-110-das-raizes-do-instrumentalismo-processual-no-brasil>

Reis, J. A. Dos (1985).

A figura do processo cautelar. *Revista Ajuris*, 19(56).

Satta, S., & Punzi, C. (2000).

Diritto processuale civile (2.^a ed.). Padova: Cedam.

Schlink, B. (2017).

Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais. *Revista de direito civil contemporâneo*, (11), 261-297.

Schmitt, C. (1996).

Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial.

Theodoro Jr., J. (2014).

Curso de direito processual civil (49.^a ed., vol. II). Rio de Janeiro: Forense.

Tommaseo, F. (1983).

I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria. Padova: Cedam.

Vicent, J. (1973).

Précis de procédure civile. Paires: Libraire Dalloz.

Zavascki, T. A. (2009).

Antecipação da tutela (7.^a ed.). São Paulo: Saraiva.

Jurisprudência, normas e outros documentos legais

Constituição da República Federativa do Brasil (Presidência da República [Brasil], 1988).

Diário Oficial da União, 5 de outubro de 1988.

Decreto-Lei N.º 1.608, Código de Processo Civil (Presidência da República [Brasil], 1939).

Diário Oficial da União, 18 de setembro de 1939.

Decreto Legislativo N.º 768, Código de Processo Civil (Presidência da República [Peru], 1993).

Diário Oficial El Peruano, 4 de março de 1993.

Lei N.º 5.869, Código de Processo Civil (Presidência da República [Brasil], 11 de janeiro de 1973).

Diário Oficial da União, 17 de janeiro de 1973.

Lei N.º 8.245, Lei do Inquilinato (Presidência da República [Brasil], 1991). *Diário Oficial da União*, 21 de outubro de 1991.

Lei N.º 10.406, Código Civil (Presidência da República [Brasil], 10 de janeiro de 2002).

Lei N.º 13.105, Código de Processo Civil (Congresso Nacional [Brasil], 2015). *Diário Oficial da União*, 17 de março de 2015.