

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

TUTELA PROVISÓRIA

***Analisada à Luz das Garantias Constitucionais
da Ação e do Processo***

*7ª edição revista e refundida do livro
Tutela Cautelar e Tutela Antecipada:
Tutelas Sumárias e de Urgência*

2026

Capítulo I

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. Tutela jurisdicional. 2. A ineficiência do sistema. 3. A busca de alternativas. 4. A via jurisdicional e a plena realização dos direitos. 5. As tutelas diferenciadas. 6. Justificativas para adoção de tutelas sumárias.

1. Tutela jurisdicional

O caráter instrumental do processo constitui premissa inafastável de qualquer estudo envolvendo temas relacionados a esse ramo do Direito.

O direito material ou substancial é formado por um conjunto de regras abstratas de conduta, destinadas à solução de conflitos de interesses entre as pessoas, determinando qual deve prevalecer e conferindo situação de vantagem ao seu titular. O legislador prevê abstratamente as inúmeras relações que os sujeitos de direito travam uns com os outros e estabelece as soluções que, em seu entender, são adequadas, assegurando a satisfação do interesse de um deles. Esse resultado corresponde ao que o sistema considera correto e deseja se verifique.

Já o direito processual é constituído por normas que regulamentam os diversos mecanismos estatais destinados à atuação das regras substanciais, naquelas situações concretas em que os destinatários não se subordinam espontaneamente ao comando delas emergente.

Melhor explicando, o direito processual é formado por um conjunto de regras destinadas a estabelecer meios de aplicação coercitiva das soluções previstas no plano substancial e não adotadas naturalmente pelos envolvidos no conflito de interesses. São os preceitos que regulamentam a maneira como devem ser resolvidas as controvérsias surgidas na vida das pessoas, quanto a determinado bem da vida. As regras de direito processual destinam-se, pois, à regulamentação de todos os aspectos inerentes à eliminação das crises surgidas com o descumprimento das normas de comportamento previstas no plano material.¹

Isso implica reconhecer a existência de relação de instrumentalidade entre esses dois grandes planos do ordenamento jurídico.²

1. Sobre os dois planos do ordenamento jurídico – material e processual – e ideias básicas a respeito de direito subjetivo e institutos fundamentais do direito processual, v. meu *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., pp. 9-13.

2. A natureza instrumental do processo foi objeto de profunda análise por Cândido Rangel Dinamarco em obra clássica – *A instrumentalidade do processo*. Tentei esclarecer algumas ideias por

Admitido o caráter instrumental do processo, a autonomia do direito processual como ciência não pode significar isolamento em relação ao direito material. Sem este último, aquele não teria sentido, pois ficaria vazio de objeto.

Mas o direito material também depende intimamente do direito processual, na medida em que sua atuação coercitiva não pode dispensar o processo, sob pena de apagarmos séculos de evolução da sociedade, retornando aos primórdios da civilização. Sem o mecanismo estatal de solução de controvérsias, ainda que deficiente, restam as vias extrajudiciais, hoje bastante desenvolvidas entre nós,³ e a alternativa caótica da lei do mais forte, cujos resultados são perfeitamente previsíveis.

Existe, portanto, completa interação entre os dois grandes ramos do universo jurídico. Por essa razão, não se pode entender autonomia do direito processual como indiferença em relação ao direito material. Embora distintos, a elaboração dos princípios e regras processuais deve ser feita à luz das necessidades verificadas no plano das relações substanciais, pois é em função destas que o processo existe.⁴

A proibição da autotutela leva à absoluta imprescindibilidade do processo judicial para tornar efetivo o ordenamento jurídico substancial – ressalvada, evidentemente a adoção de meios equivalentes (mediação, conciliação e arbitragem), aos quais o legislador processual faz menção expressa.⁵ A previsão de situações de vantagem, sem possibilitar a defesa dos interesses pelos próprios meios e sem dotar o titular desses interesses de mecanismos adequados a tanto, seria o mesmo que estabelecer regras sem sanção para o inadimplemento.

Ordenamento que não assegura a atuação das regras que estabelece, mediante sistema eficaz de tutela, destinado a garantir o interesse de quem se encontra em situação de vantagem e não obteve o reconhecimento voluntário de seu direito subjetivo, não pode ser considerado jurídico.

ele desenvolvidas pois, não obstante extremamente claras, não foram compreendidas por alguns (cfr. “Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?”, in José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid (coords.), *Garantismo processual – Garantias constitucionais aplicadas ao processo*, 2016).

3. Sobre os meios alternativos de solução de litígios, especialmente a arbitragem, cfr. Carlos Alberto Carmona, *A arbitragem no processo civil brasileiro*, pp. 13 e ss. V. também meus *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, pp. 270-307.

4. Como corretamente sintetiza Proto Pisani, a distinção entre direito substancial e direito processual bem como a instrumentalidade deste em relação àquele não podem significar autonomia, como se houvesse indiferença entre o complexo de normas que regula um e outro. Da mesma forma que o direito processual não existiria sem o direito substancial, que se mostra, portanto, indispensável, “così – è ora da aggiungere – il diritto sostanziale non potrebbe esistere senza il diritto processuale. Pur nella loro diversità vi è una stretta interdipendenza (cioè dipendenza reciproca) tra diritto sostanziale e diritto processuale” (*Appunti sulla giustizia civile*, p. 10). Sobre o caráter instrumental da ciência processual, os escopos a serem alcançados pelo processo, os óbices ao resultado desejado e outros aspectos envolvendo o tema, cfr. Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 12^a e 13^a eds., 2005 e 2008. A respeito da necessidade de reaproximação dos dois fenômenos – processual e material – visando ao correto entendimento dos institutos processuais e de seu caráter instrumental, cfr. Bedaque, *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*, 6^a ed.

5. Cfr. arts. 3^o, 165 e ss. e 334 do CPC.

Daí a importância fundamental do direito processual para o bom funcionamento do sistema de normas materiais. Da efetividade do processo depende a atuação das regras substanciais.⁶

Aceita essa premissa, resta saber como se dá o relacionamento entre os dois ramos do ordenamento jurídico. É necessário verificar de que maneira o direito processual se dispõe a assegurar a atuação das regras materiais. Ou seja, quais os mecanismos de que é dotado o direito processual para oferecer proteção no plano substancial.

Sabe-se que não existe apenas um tipo de processo. A tutela jurisdicional apresenta-se de várias formas, com conteúdo diverso, tudo em função da natureza do direito a ser protegido. A modalidade de tutela processual depende única e exclusivamente do tipo de proteção de que o direito material necessita.

Assim, para a tutela jurisdicional ser eficaz em relação ao resultado dela esperado, para ser realmente efetivo o mecanismo estatal de solução de controvérsias, é imprescindível possa o titular do direito substancial obter real proteção pela via do instrumento, cuja finalidade é assegurar não apenas um resultado formalmente favorável, mas a integral satisfação do interesse juridicamente protegido, capaz de lhe proporcionar situação praticamente igual àquela representada pelo cumprimento espontâneo da norma de direito material.

Isso significa que a efetividade do processo depende fundamentalmente da existência de meios adequados a resolver os inúmeros problemas surgidos no âmbito das relações substanciais.

É essa a razão por que, na construção do sistema processual de tutelas, não se pode ignorar a realidade jurídico-material. O reconhecimento dessa necessária influência contribui decisivamente para a efetividade do processo.

Daí a conclusão, já externada em outra oportunidade, a respeito do caráter ético da ciência processual. Na medida em que a tutela deve ser adequada às especificidades do direito material, não se pode pensar na construção de um instrumento absolutamente neutro, puramente técnico. Inexiste a suposta indiferença do instrumento em relação ao objeto. A variedade de meios procedimentais, formas e espécies de tutelas está relacionada às necessidades específicas das relações de direito substancial.

Somente com base em premissas dessa ordem é possível construir um sistema processual efetivo, porque adequado à solução das questões postas para exame em sede jurisdicional.⁷

6. Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile*, p. 11. Como bem pondera José Ignácio Botelho de Mesquita: “A ordem nas relações existentes entre os sujeitos de direito, prescrita nas normas jurídicas, é uma ordem que somente pode considerar-se existente na medida em que existam meios de torná-la uma realidade concreta. A existência desses meios constitui, sem dúvida, um pressuposto da própria ordem, pois a possibilidade de ordenar supõe a possibilidade de fazer com que a realidade ordenada seja igual à realidade em ordem, ou, em outras palavras, *ordenar e pôr em ordem* são termos que se implicam reciprocamente” (*Da ação civil*, p. 89).

7. Cfr. Bedaque, *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., pp. 22 e ss. V. também Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile*, pp. 11-12. A falsa ideia de neutralidade ideológica do processo, considerado como mero instrumento técnico, é, segundo Dinamarco, resultado

Capítulo II

NOTÍCIA HISTÓRICA SOBRE A TUTELA CAUTELAR (PROVISÓRIA)

Inicia-se esta rápida visão histórica sobre as tutelas provisórias com a comparação entre alguns procedimentos do Direito atual fundados em atos decisórios coercitivos, precedidos de cognição sumária, e os interditos do processo romano.

Estes consistiam em ordem emitida pelo magistrado, a pedido de alguém, impondo certo comportamento a uma pessoa privada. Essa forma de tutela, emanada do poder de *imperium* do qual o juiz era detentor, abrangia a grande maioria das relações da vida envolvendo direitos absolutos. Já, os direitos obrigacionais, versando pretensão indenizatória, eram amparados pela *actio*, com juízo privado. Só a primeira admitia execução específica.

No Direito Romano havia, portanto, dois sistemas de processo civil. Em um deles era possível a obtenção de ordem liminar, até sem a presença da parte contrária e mediante cognição sumária das afirmações do autor, se feitas conforme o édito. No outro havia pleno contraditório desde o primeiro momento, não era possível a emissão de mandado e a atividade cognitiva era privada.¹

A cognição sumária e a antecipação de efeitos materiais da tutela eram técnicas conhecidas, pois, já no Direito Romano antigo. Registra a doutrina a existência de doze

1. Para Ovídio Baptista da Silva a técnica instituída pelo art. 273 do CPC/1973 assemelhava-se ao antigo processo do tipo interdital romano, em que o pretor antecipava a execução ou o mandamento no próprio processo cognitivo, independentemente de processo autônomo. Antecipam-se todos os efeitos integrantes de uma medida liminar. Com isso estaria superada a rígida separação entre conhecimento e execução (cfr. “A ‘antecipação’ da tutela na recente reforma processual”, in Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 136). E tem ele toda razão. A introdução da tutela antecipada faz com que seja possível dispensar, em determinados casos, o binômio cognição-execução, pois os efeitos práticos da futura sentença condenatória se verificam no próprio processo de conhecimento, antes mesmo de sua conclusão. Com relação a eles não mais será necessário o processo de execução autônomo. V. também Abraham Luis Vargas, “Teoría general de los procesos urgentes”, in Jorge W. Peyrano (coord.), *Medidas autosatisfactivas*, pp. 93-95; Humberto Theodoro Jr., “O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro”, *RePro 97/227* e ss. A semelhança dessa técnica com o modelo instituído pelo CPC/2015 é ainda mais nítida. Presentes os requisitos do art. 300, pode o juiz conceder liminarmente medida de urgência pleiteada em caráter antecedente, com conteúdo conservativo ou satisfativo, competindo ao autor a dedução do pedido principal mediante aditamento da inicial (arts. 303, § 1º, inc. I, e 308).

exemplos de tutelas dessa natureza, dez nas *Pandectas* e dois nos Códigos de 213 e 331 d.C.²

Apontam-se também como antecedentes da moderna tutela cautelar a *manus iniectio* e a *pignoris capio*.³

A unificação dos sistemas veio com a extinção do processo formulário no Baixo Império e a publicização total da *actio*. Os interditos passaram a receber a denominação de ações, visto que o procedimento se desenvolvia perante o pretor, eliminada a fase *in iudicio*, particular.

Essa dualidade ressurgiu na Idade Média e na Renascença, com algumas peculiaridades, sem perder, todavia, a característica principal, consistente na existência de modelos processuais diversos, cada qual adequado a uma categoria de direitos.

O processo sumário, mais abreviado e voltado para a solução de casos urgentes, tem origem, portanto, no interdito romano da época clássica, não nos interditos possessórios existentes nos *judicia extraordinaria*.

Por desconhecimento desse fenômeno, existente no Direito Romano antigo, e ante a necessidade de soluções rápidas, verificou-se, no Direito Canônico principalmente, a ampliação da ideia de posse para os direitos pessoais, o que não condiz com a concepção romana desse instituto. Com base nessa ideia foi possível aplicar, de forma genérica, o mecanismo sumário dos interditos da época clássica, em que eram suprimidas formalidades do processo comum, para atender a casos de urgência. Isso ocorreu em vários Países a partir do século XIII, como Itália, Espanha, França e Alemanha.⁴

Neste último os interditos denominavam-se *inhibitiones*, iniciavam com uma ordem judicial liminar para a tutela do interesse reclamado (*mandatum*) e já apresentavam as primeiras noções a respeito de *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Eram de uso muito frequente. O modelo aproximava-se do antigo interdito romano. Os mandados podiam ser expedidos com ou sem cláusula justificativa, o que os equiparava aos interditos condicionados e absolutos, ou seja, com ou sem possibilidade de defesa.

A extensão desse mecanismo germânico às relações de direito público constitui o antecedente mais afastado do nosso mandado de segurança.

2. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, citando Briegleb, informa que, das dez hipóteses reguladas nas *Pandectas*, nove são de Ulpiano e uma de Paulo. O ilustre professor gaúcho e saudoso amigo enumerou e descreveu cada uma delas, demonstrando a admissibilidade de decisões de conteúdo antecipatório, mediante cognição não exauriente. Identificamos na extensa relação a tutela sumária da posse (*actio exhibendum*), do direito a alimentos, do direito de menor e do nascituro à herança (*bonorum possessio ex carboniano e nasciturus*), do direito dos herdeiros à posse dos bens da herança e outros (cfr. “Perfil dogmático da tutela de urgência”, *Revista de direito processual civil* 1997, pp. 1-6).

3. Cfr. Hernán Fabio López Blanco, *Las Medidas Cautelares. Su Regulación en el Código de Comercio de Colombia*, p. 663. Sobre a *summaria cognitio* no Direito Romano, v. também Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, pp. 97-100.

4. Cfr. Galeno Lacerda, “Tutela antecipatória e tutela interdital”, in José Carlos Barbosa Moreira (coord.), *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, pp. 184-185. Sobre os interditos romanos, cfr. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, pp. 111 e ss.; José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, pp. 288 e ss.

Admitia-se, em casos graves, até mesmo a expedição de mandado sem cláusula justificativa. Uma das situações em que se permitia a adoção desse remédio radical era a existência de *periculum in mora*.⁵

Inegável a existência, portanto, desde os primórdios do Direito, de dois sistemas processuais autônomos: aquele em que a autoridade expedia mandado liminar e o outro, caracterizado pelo contraditório equilibrado entre as partes.

A preponderância de um ou outro, segundo se afirma, dependia de fatores sociais. A concepção individualista é compatível com o procedimento mais lento. Já, a preocupação com o interesse público faz com que se busquem técnicas sumárias de solução de controvérsias. Atingir o equilíbrio entre esses valores significa encontrar o modelo ideal de processo, o que constitui a grande preocupação do processualista moderno, voltado para a efetividade do sistema.⁶

Verifica-se, ainda, que a adoção deste ou daquele mecanismo está intimamente ligada às peculiaridades do direito material envolvido. Tanto que o surgimento de novas relações jurídicas no fim da Idade Média e na Renascença obrigou à redescoberta da fórmula interdital romana, a fim de atender às necessidades do direito substancial e das novas modalidades de conflitos.

Os interditos romanos são indicados, pois, como antecedentes da tutela de urgência, eis que se assemelham às liminares atuais, contendo ordem de tutela provisória.⁷

Autorização de certa forma genérica para a concessão de medidas urgentes, visando a evitar que alterações no estado de fato pudessem prejudicar o resultado do processo e importando determinações para fazer ou não fazer, pode ser identificada nas inibições previstas no *Codex iuris canonici* (Cânone 1.672) e nos Códigos sardos de 1854 e 1859.⁸

A tutela antecipada, regulada pelo art. 273 do CPC/1973, com a nova redação dada pela Lei 8.952, de 13.12.1994, guardava certa semelhança com os interditos romanos, pois tornava possível a satisfação do direito do autor logo no início do processo. Também a verossimilhança e o perigo de dano constituem elementos comuns a ambos.

5. A esse respeito, conclui Galeno Lacerda: “Note-se que o *periculum in mora*, assim amparado pelas *inhibitiones* germânicas, através do mandado liminar, constitui o fundamento principal das atuais medidas cautelares, no processo civil dos povos cultos” (“Tutela antecipatória e tutela interdital”, in José Carlos Barbosa Moreira (coord.), *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, p. 186).

6. É ainda Galeno Lacerda quem afirma: “Com avanços e recuos, a eterna antinomia entre o individual e o social no processo, aquela a postular um ideal de justiça absoluta, com fórmulas e termos infundáveis, esta a exigir a eliminação pronta e rápida do litígio, permanece a desafiar nossa argúcia na ânsia de descoberta do equilíbrio adequado” (“Tutela antecipatória e tutela interdital”, in José Carlos Barbosa Moreira (coord.), *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, p. 187).

7. Sobre a evolução histórica da tutela sumária ou de segurança, cfr. também Luiz Fux, *Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*, pp. 155-167.

8. Cfr. Enrico A. Dini e Giovanni Mammoné, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, 6ª ed., pp. 157-158.

Capítulo IV

GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AÇÃO E TUTELA JURISDICIONAL

1. Tutela jurisdicional e direito constitucional de ação. 2. Direito de ação: perspectiva constitucional. 3. Garantia do devido processo constitucional. 4. Garantia constitucional de ação e o resultado da atividade jurisdicional. Acesso efetivo ao processo e à ordem jurídica justa. 5. Efetividade como conteúdo da garantia constitucional da ação. Visão bilateral do fenômeno. 6. Tutela provisória e garantia constitucional de acesso à Justiça. 7. Tutela provisória e Poder Público. 8. Tutela provisória e valores constitucionais conflitantes. 9. O juiz e o contraditório. 10. O direito de ação, a inércia da jurisdição e o contraditório. 11. O contraditório e as questões de ordem pública.

1. Tutela jurisdicional e direito constitucional de ação

Todos têm direito à tutela jurisdicional. Essa afirmação, aparentemente simples, envolve uma das questões mais árduas da ciência processual, na vertente que estuda o relacionamento entre processo e Constituição.

O direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado, cujo exercício revela-se necessário por força do princípio da inércia, está assegurado a todas as pessoas no plano constitucional. Ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, inc. XXXV), o legislador garante, de forma ampla e genérica, o acesso ao meio estatal destinado a proporcionar a tutela jurisdicional a quem dela necessitar.

Muito mais que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República exige seja conferido a todos, indistinta e incondicionalmente, o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, à satisfação do direito não cumprido espontaneamente. Mas não é só. Esse resultado deve ser proporcionado com observância de certas garantias relativas ao respectivo processo, destacando-se o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, inc. LV) bem como a duração razoável e a celeridade (CF, art. 5º, inc. LXXVIII).

Essa visão do fenômeno processual aplica-se a todos os sujeitos da relação instaurada entre o juiz e os sujeitos parciais. O autor da demanda, isto é, quem pleiteia a tutela jurisdicional asseverando ser titular do direito afirmado, é amparado pelo sistema constitucional, que lhe oferece a proteção estatal ao seu interesse eventualmente tutelado na esfera jurídico-material.

Nem todos os que se dirigem ao Poder Judiciário são realmente titulares de direitos. Muitos afirmam essa condição, mas não conseguem demonstrá-la, levando o juiz a rejeitar a pretensão apresentada.

Mesmo esses, todavia, têm direito ao mecanismo estatal de solução de controvérsias. Basta a afirmação de um direito, lesado ou ameaçado, para que a pessoa tenha acesso à jurisdição e ao processo.

Nessa medida, a Constituição Federal não assegura apenas o acesso a quem esteja efetivamente amparado pelas regras de direito material. Todos podem requerer a tutela jurisdicional, ainda que dela não sejam mercedores. Está à disposição de qualquer pessoa, física ou jurídica, titular de direitos ou de meras pretensões infundadas, o mecanismo previsto pelo legislador constitucional, por ele minuciosamente modelado, para viabilizar a tutela jurisdicional a quem efetivamente fizer jus a ela.

Assim, a garantia constitucional de ação representa para as pessoas, em última análise, garantia ao devido processo constitucional, ao instrumento estatal de solução de conflitos. Garantia implica proteção, ou seja, predisposição de meios para assegurá-la em concreto.¹

O sistema processual-constitucional foi construído para conferir proteção efetiva aos direitos e interesses jurídicos. Muito embora o acesso ao Poder Judiciário seja franqueado a todos, reais titulares de direitos ou detentores de simples interesses não amparados no plano material, o mecanismo está direcionado, evidentemente, para a satisfação de quem efetivamente merece a tutela jurisdicional.²

Não basta, pois, assegurar abstratamente o direito de ação a todos aqueles que pretendam se valer do processo. É necessário garantir o acesso efetivo à tutela jurisdicional por parte de quem dela necessita.

Insuficiente afirmar que a Constituição assegura o denominado direito abstrato ou incondicionado de ação. É preciso identificar o que isso efetivamente representa para a esfera jurídica da pessoa. Importante fixar que todos têm, independentemente de quaisquer condições pessoais, não a certeza ou a probabilidade de obter o reconhecimento de um direito, mas a possibilidade séria e real de contar com instrumentos adequados

1. Cfr. Comoglio, “I modelli di garanzia costituzionale del processo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* setembro/1991, p. 676. Dinamarco refere-se à tutela constitucional do processo, que representa o conjunto de princípios amparados pela Constituição Federal e diretamente relacionados ao sistema processual. Para ele, o “processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade” (*A instrumentalidade do processo*, 12ª ed., p. 27). V. também Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., pp. 146 e ss.

2. Vittorio Denti observa a evolução da jurisprudência da Corte Constitucional italiana, que passou a conferir significado concreto aos princípios enunciados na Constituição, assegurando-lhes significado substancial, não meramente formal. Daí o direito de ação, assegurado no art. 24 do texto constitucional, não significar mais, apenas, direito ao julgamento. Representa, na verdade, “una concreta garanzia di effettività della tutela dei diritti sostanziali, correlata col principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 cost.” (*La giustizia civile – Lezione introduttive*, p. 73).

para alcançar esse objetivo. Significa, portanto, que a garantia constitucional de ação implica a existência de tutela jurisdicional adequada à proteção do direito demonstrado em sede processual.³

O correto entendimento do complexo de normas constitucionais direcionadas para a garantia do sistema processual constitui o primeiro passo para conferir maior efetividade possível à tutela que emerge do processo.

As regras existentes na Constituição destinadas a estabelecer garantias para o processo não estão limitadas aos vários incisos do art. 5º, que substancialmente apontam para o juiz natural, contraditório, ampla defesa, vedação às provas ilícitas, duração razoável do processo e celeridade (incs. LIII, LIV, LV, LVI e LXXVIII). Encontramos ainda no capítulo reservado ao Poder Judiciário inúmeros dispositivos diretamente relacionados com o bom desenvolvimento do processo. As garantias dos juízes e dos tribunais (arts. 95 e 96) e o dever de motivação (art. 93, inc. IX) também constituem importantes instrumentos para assegurar efetividade à função jurisdicional.

Para produzir resultado prático dotado de utilidade e realmente capaz de solucionar o litígio a tutela jurisdicional depende da existência de sistema adequado de princípios relacionados ao processo em si, mas também da regulamentação adequada dos deveres e garantias daqueles a quem foram incumbidas sua condução e sua direção.⁴

A Constituição procura estabelecer, pois, o processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução jurisdicional dos litígios.

Daí se poder afirmar ser o processo permeado de valores éticos, exatamente aqueles amparados pela própria Constituição. Cada País tem seu modelo processual-constitucional, construído em conformidade com as opções ideológicas dominantes.⁵

3. Cfr. Comoglio, *Commentario della Costituzione*, p. 10.

4. Cfr. Vittorio Denti, *La giustizia civile – Lezione introduttive*, p. 74. O ilustre processualista da Universidade de Pavia acrescentou que a perspectiva tradicional do estudo do processo tende a dar maior importância às normas constitucionais representativas de garantias individuais das pessoas. Mas – observou – existe intensa interpenetração entre tais garantias e aquelas concernentes à posição institucional do juiz no ordenamento, tal como se verifica pela Declaração Internacional dos Direitos do Homem. O autor apresenta interessantes considerações sobre as garantias processuais estabelecidas nessa carta (pp. 74-78).

5. Cfr. Bedaque, *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., pp. 22 e ss. Comoglio, em magnífico estudo de Direito Comparado, procura identificar nos vários sistemas de garantias constitucionais do processo um modelo unitário, com requisitos básicos de forma e de conteúdo. Após minucioso exame dos diversos sistemas constitucionais e do tratamento dado ao processo em cada um deles, apresenta as características fundamentais do processo italiano e critica conclusões fundadas em visão equivocada do modelo processual previsto na Constituição (cfr. “I modelli di garanzia costituzionale del processo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* setembro/1991, pp. 673 e ss.). Também sobre as garantias constitucionais do processo, incluindo exame do modelo brasileiro, v., do mesmo autor, “Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto)”, *RePro* 90/95 e ss. O caráter ético da ciência processual aponta para a insuficiência da visão exclusivamente técnica do fenômeno. Horácio Wanderlei Rodrigues ressalta a necessidade de ampliação de horizontes: “O processualista que não perceber esse aspecto, que não se inserir no contexto político, econômico, cultural e social de seu tempo, continuando a ver as questões de aces-

Capítulo V

TUTELAS SUMÁRIAS

1. As modalidades de tutela jurisdicional. 2. A efetividade da tutela versando sobre a exigibilidade de obrigação: sentença executiva ou executiva “lato sensu” e sentença mandamental. 3. Tutelas satisfativas. 4. Técnicas para obtenção da tutela satisfativa. 5. O tempo e a efetividade do processo. 6. Cognição sumária e cognição plena. 7. Tutela sumária. 8. Tutela provisória antecipada e cautelar. 9. Tutela provisória: premissas. 10. Antecipação de efeitos da tutela final e tutela sumária. 11. Ainda sobre as técnicas provisoriamente antecipatórias. 12. Identificação da tutela provisória: relevância. 13. Instrumentalidade da tutela provisória. 14. As tutelas antecipada e cautelar: seu conteúdo e sua função no sistema processual. 15. Estrutura da tutela cautelar: ainda a provisoriedade. 16. Revogabilidade das tutelas provisórias de urgência e da evidência. 17. Insuficiência do critério funcional para caracterização da tutela sumária provisória. 18. Tutela provisória de urgência. 19. Classificação da tutela cautelar. 20. O mérito da tutela provisória de urgência. 21. Tutela provisória de urgência e “periculum in mora”. 22. Tutela provisória de urgência e tutela preventiva. 23. Identificação do “periculum in mora”. 24. Tutela provisória de urgência e intensidade do perigo. 25. O perigo, a tutela de urgência (genérica e específica) e a tutela sumária da evidência. 26. Tutela provisória e relação material. 27. A instrumentalidade hipotética. 28. Tutela cautelar: terceiro gênero? 29. Espécies de tutela cognitiva e antecipação provisória de efeitos. 30. Tutela provisória: acolhimento e rejeição da pretensão substancial. 31. Tutela provisória satisfativa: suposta antinomia. 32. O caráter satisfativo da tutela jurisdicional. 33. Satisfatividade e referibilidade. 34. A correta compreensão da técnica cautelar. 35. Poder geral de concessão da tutela provisória. 36. Tutela provisória e eficácia imediata de atos judiciais sujeitos a impugnação. 37. Tutela cautelar: síntese conclusiva. 38. Tutela sumária definitiva e tutela provisória. 39. Eventual insuficiência da tutela provisória de urgência. 40. Ainda sobre a tutela sumária provisória e definitiva. 41. Tutela sumária não cautelar. 42. Classificação da tutela jurisdicional. 43. Provisoriiedade das tutelas sumárias cautelares e não cautelares. 44. Tutela sumária definitiva e imutabilidade da decisão. 45. Tutela sumária urgente e irreversível. 46. O perigo de dano concreto e o dano marginal. 47. A opção entre as modalidades de tutela sumária. 48. Observações críticas sobre a generalização da tutela sumária definitiva. 49. Tutela sumária não cautelar: via excepcional de solução de controvérsias. 50. Tutela sumária definitiva: o perigo da radicalização.

1. As modalidades de tutela jurisdicional

Diversas são as situações da vida em razão das quais alguém vai buscar a proteção jurisdicional do Estado. Todas se caracterizam pela não atuação espontânea de uma regra de direito material. Por vezes os destinatários da norma não se subordinam aos efeitos nela previstos, embora normalmente pudessem fazê-lo.¹

1. Há casos em que, muito embora não haja resistência dos integrantes de determinada relação material à incidência da regra, existe óbice posto pelo sistema à atuação espontânea do Direito. É no

A não atuação das regras de direito material, quando possível seja feita espontaneamente, configura situação que Carnelutti denominou de “lide”, por ele definida como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. São verdadeiras patologias, porque revelam mal funcionamento do ordenamento. Precisam ser eliminadas, a fim de que se restabeleça a normalidade da ordem jurídica violada.

A harmonia social, escopo maior do Estado em qualquer dos setores de sua atividade, é quebrada toda vez que as regras de direito substancial não são cumpridas voluntariamente pelos destinatários. Cabe à função jurisdicional a missão de atuar coercitivamente o Direito e restabelecer a paz na sociedade.²

As modalidades de crise no plano do direito material são várias. Para cada uma delas o sistema processual prevê um tipo de solução adequada.

Assim, quem necessita eliminar a incerteza sobre a existência ou inexistência de um direito ou de uma relação jurídica³ tem à sua disposição a tutela meramente declaratória.

Para colocar fim às crises de adimplemento previa o sistema anterior, em princípio, o binômio condenação-execução. Primeiro, em processo reservado ao desenvolvimento de atividade cognitiva, o titular da pretensão buscava a tutela condenatória. Se obtida, para efetiva satisfação do direito nela reconhecido se valia do processo de execução.

A partir da vigência da Lei 11.232/2005 a atuação prática da tutela condenatória, versando sobre quantia em dinheiro, passou a ser feita no mesmo processo em que proferida a sentença. Tratava-se da fase satisfativa, denominada pelo legislador de “cumprimento de sentença” (CPC/1973, art. 475, inc. I). A adoção das medidas necessárias à eliminação coercitiva do inadimplemento das obrigações de fazer, não fazer e dar já não dependia de nova relação processual. Por força das Leis 8.952/1994 e 10.444/2002, a efetivação da sentença respectiva ocorria sem solução de continuidade, ou seja, na mesma relação jurídica (CPC/1973, arts. 461 e 461-A).⁴

O CPC/2015 manteve essa técnica, regulada no Livro I, Título II, da Parte Especial, arts. 513 a 538, denominado “Do Cumprimento da Sentença”. Assim, finda a fase de conhecimento com sentença reconhecendo a exigibilidade da respectiva obrigação,

âmbito penal que essa vedação ocorre com maior frequência, embora hoje se admita, com certo limite, a transação (cfr. Lei 9.099, de 26.9.1995, arts. 21-26). Também no âmbito cível existem situações em que a atuação da norma depende da intervenção jurisdicional, como se dá na nulidade de casamento. Trata-se, aqui, da denominada jurisdição necessária, que não se confunde com a jurisdição voluntária, que nada mais é do que atividade administrativa excepcionalmente exercida pelo juiz (cfr., a respeito, Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, pp. 262-263, e *Execução civil*, 8ª ed., pp. 192-193; Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, 7ª ed., pp. 31-33).

2. É por isso que Dinamarco identifica na jurisdição não apenas o escopo jurídico de atuação da vontade concreta da lei, mas também o escopo social de pacificação (cfr. *A instrumentalidade do processo*, pp. 181 e ss.).

3. Ou até mesmo, excepcionalmente, sobre a autenticidade ou falsidade de um documento (CPC/2015, art. 19, II).

4. Sobre essa nova técnica de efetivação das sentenças condenatórias, agora denominadas por alguns de executivas ou executivas *lato sensu*, cfr. meu *Efetividade do processo e técnica processual*, pp. 518 e ss.

incluindo-se nessa modalidade a tutela condenatória e também a meramente declaratória, pode o autor dar início à fase executiva ou satisfativa (art. 515, inc. I). Além dessa hipótese de título executivo judicial o legislador previu outras, todas precedidas de alguma atividade cognitiva, de natureza não contenciosa ou oriundas de processo não jurisdicional, como a arbitragem (incs. II a IX).

Também cuidou o legislador de regular algumas espécies de cumprimento, à luz de especificidades processuais, como cumprimento provisório ou definitivo (arts. 520-526), e substanciais, a saber, cumprimento de sentença versando sobre obrigação de pagar alimentos (arts. 528-533), cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública (art. 534), cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa (arts. 536-538).

Por último, a necessidade de alteração na relação jurídica de direito material encontra no plano processual a tutela constitutiva. Sua obtenção opera no mundo dos fatos, automaticamente, o efeito pretendido. Sempre que a criação, a extinção ou a mera modificação de um direito ou de uma relação jurídica substancial dependerem de intervenção judicial, adequada é a tutela constitutiva.

2. A efetividade da tutela versando sobre a exigibilidade de obrigação: sentença executiva ou executiva “*lato sensu*” e sentença mandamental

Além das formas de tutela cognitiva tradicionalmente consideradas pela doutrina (declaratória, constitutiva e condenatória), cujo pedido é examinado na fase cognitiva do processo,⁵ haveria outras duas, ambas relacionadas ao não cumprimento ou à exigibilidade de obrigação.⁶

A técnica processual destinada à eliminação da crise de adimplemento do direito sofre variações. É possível que a tutela adequada seja apenas a executiva, pois o sistema prevê hipóteses em que o titular do interesse não necessita da via cognitiva. Nesses casos, em que o direito é representado por um título executivo extrajudicial, pode seu

5. Lembre-se que, segundo o Código de 2015, o processo divide-se em duas fases, uma destinada ao conhecimento da realidade jurídico-material e eventual concessão da tutela cognitiva; outra cujo objetivo é a efetivação prática dessa tutela, quando necessária atividade jurisdicional para esse fim (cfr. Parte Especial, Livro I).

6. Além de Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva, entre nós Kazuo Watanabe defende a existência dessas modalidades de tutela, além das tradicionais. Em recente estudo dedicado às modificações introduzidas nos arts. 273 e 461 do CPC o ilustre jurista aponta situações que configuram tanto uma como outra. E conclui que as inovações revelam claramente sua adoção pelo sistema processual (cfr. “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, in Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *A reforma do Código de Processo Civil*). Cfr., ainda, Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, 4ª ed., pp. 66 e ss. Para estudo mais aprofundado da matéria, v. Pontes de Miranda, *Tratado das ações – Ações mandamentais*, t. VI, pp. 3-14. Sobre a adoção dessa técnica para as obrigações de fazer e de não fazer cfr., ainda, a posição intermediária de Teori Albino Zavascki, para quem tal somente se verifica se decorrer da própria natureza da obrigação ou da urgência do resultado (cfr. *Antecipação da tutela*, pp. 144-151). Sobre a origem e o conteúdo da tutela mandamental, ligada inicialmente à natureza do destinatário da ordem, bem como a aplicabilidade ou não da categoria aos arts. 84 do Código de Defesa do Consumidor/CDC e 461 do CPC, v. José Carlos Barbosa Moreira, “A sentença mandamental da Alemanha ao Brasil”, *RePro* 97/251 e ss.

Capítulo VI

TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA (ANTECIPADA E CAUTELAR) E DA EVIDÊNCIA

1. Noções introdutórias: 1.1 Considerações sobre a natureza jurídica da tutela provisória – 1.2 Espécies de tutela provisória: urgência e evidência – 1.3 Tutela provisória antecipada: urgência e evidência no Código de 1973 – 1.4 Tutela diferenciada de urgência e da evidência: aspectos da técnica procedimental e de caráter substancial – 1.5 Espécies de tutela provisória de urgência: identidade de escopos – 1.6 Tutelas de urgência antecipada e cautelar: divergência terminológica – 1.7 Tutelas antecipada e cautelar: semelhanças e diferenças – 1.8 Tutelas provisória e definitiva no Código de 2015. 2. Tutela provisória – Considerações gerais: 2.1 Efetivação da tutela provisória (CPC, art. 297) – 2.2 Fundamentação da decisão e tutela provisória (art. 298) – 2.3 Discricionariedade judicial – 2.4 Tutela provisória e competência (art. 299) – 2.5 Legitimidade para postular a tutela provisória – 2.6 Tutela provisória “ex officio” – 2.7 Fungibilidade ontem e hoje – 2.8 Tutela provisória e contraditório – 2.9 Tutela provisória e adstrição – 2.10 Tutela provisória – Improbabilidade do pedido. 3. Tutela provisória de urgência: considerações introdutórias: 3.1 Requisitos: verossimilhança e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo: 3.1.1 Verossimilhança e prova inequívoca: CPC/1973 e CPC/2015 – 3.1.2 Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo – 3.2 Tutela provisória de urgência e caução (art. 300, § 1º) – 3.3 Liminar e justificação prévia (CPC, art. 300, § 2º) – 3.4 Tutela provisória de urgência antecipada e reversibilidade dos efeitos (art. 300, § 3º): 3.4.1 Tutela antecipada e efeitos irreversíveis – 3.4.2 Tutela antecipada: conteúdo satisfativo e irreversibilidade – 3.5 Responsabilidade objetiva (art. 302). 4. Tutela provisória de urgência antecipada: considerações iniciais: 4.1 Utilidade da distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada – 4.2 A opção pela tutela sumária definitiva – 4.3 A generalização da tutela antecipada – 4.4 Medida liminar e antecipação de efeitos da tutela final – 4.5 A antecipação da tutela jurisdicional no sistema processual brasileiro – 4.6 A doutrina brasileira e a natureza jurídica da tutela antecipada – 4.7 Tutela provisória de urgência antecipada: provisoriedade, instrumentalidade e satisfatividade – 4.8 Tutela provisória antecipada: limitação aos efeitos do provimento final – 4.9 Tutela antecipada e tutela final: 4.9.1 Tutela antecipada e natureza da tutela final – 4.10 Tutela antecipada e julgamento antecipado – 4.11 Momento da antecipação, natureza da decisão e recurso – 4.12 Eficácia imediata da tutela provisória antecipada: aparente paradoxo – 4.13 Indeferimento da antecipação e procedência do pedido – 4.14 Tutela antecipada e cumprimento provisório da sentença – 4.15 Pretensão parcialmente incontroversa: da tutela antecipada ao julgamento parcial do mérito – 4.16 Antecipação prévia e incidental – 4.17 A tutela antecipada e o eventual processo de cognição exauriente – 4.18 A nova configuração da tutela antecipada – 4.19 Síntese da proposta apresentada no Anteprojeto do IBDP e o CPC/2015. 5. Tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente: 5.1 Concessão da tutela antecipada – 5.2 Estabilização da tutela antecipada – 5.3 Estabilização e recurso – 5.4 Estabilização e demanda autônoma de impugnação – 5.5 Improbabilidade do pedido de tutela definitiva. 6. Tutela provisória de urgência cautelar requerida em caráter antecedente: requisitos da inicial: 6.1 Aspectos procedimentais – 6.2 Revelia – 6.3 As duas fases do procedimento – 6.4 Indeferimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. 7. Tutela da evidência: 7.1 Hipóteses legais: 7.1.1 Comportamento

do réu – 7.1.2 Prova documental de tese jurídica firmada em precedentes – 7.1.3 Pedido reipersecutório fundado em prova documental – 7.1.4 Prova documental não impugnada – 7.2 Tutela da evidência e liminar.

1. Noções introdutórias

1.1 Considerações sobre a natureza jurídica da tutela provisória

Nas edições anteriores desenvolvi os motivos pelos quais defendia o tratamento unificado das tutelas conservativa e antecipada, como espécies de um mesmo gênero, para o qual sugeri a denominação “cautelar”.

A ideia foi adotada no Código de 2015, não obstante com terminologia diversa: tutela provisória, como gênero, do qual são espécies a cautelar (conservativa) e a antecipada (satisfativa). Daí por que abordo agora aspectos das duas modalidades de tutela provisória: antecipada e cautelar.

Tendo em vista a nova sistematização do instituto legal, considero útil a reprodução dos motivos pelos quais sustentei essa alternativa, mesmo porque ressaltei a irrelevância do aspecto terminológico, pois o que interessa é a regulamentação uniforme de tutelas com características semelhantes, considerando-se especialmente o respectivo escopo: resolver a crise de direito material ou assegurar a eficácia prática dessa solução mediante medidas provisórias.

A meu ver, a eficácia conservativa ou antecipatória não pode ser considerada fator determinante para a identificação da natureza da providência judicial. Essa não é a melhor forma de sistematizar as tutelas sumárias. Embora diverso o conteúdo de cada uma delas, ambas podem identificar-se pela finalidade, qual seja, garantir o resultado útil do processo.

Considerar, para fins de classificação, apenas o efeito prático da medida ou somente a finalidade para a qual está ela preordenada constitui equívoco, pois arbitrário o critério eleito.¹

A garantia constitucional do devido processo legal abrange a efetividade da tutela jurisdicional, no sentido de que todos têm direito não a uma decisão qualquer, mas a um resultado útil, do ponto de vista da satisfatividade do direito lesado ou ameaçado. Mas também se inclui nesse contexto o direito à cognição adequada a assegurar o contraditório real e a ampla defesa.

Para quem não aceita a natureza cautelar da providência destinada a antecipar provisoriamente efeitos da tutela final duas seriam as técnicas destinadas a resolver o conflito entre valores constitucionais igualmente relevantes: a tutela cautelar e a tutela antecipada.²

1. A expressão é de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Alcance e natureza da tutela antecipatória”, in José Carlos Barbosa Moreira (coord.), *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, p. 118.

2. Para Teori Albino Zavascki a diversidade de técnicas implica a existência de tutelas substancialmente distintas: “No mister de formular a solução conformadora, tem o juiz à sua disposição duas