

A EVOLUÇÃO DO DIREITO E A TUTELA DE URGÊNCIA¹

Arruda Alvim

Professor Titular da PUC/SP
Desembargador aposentado do TJSP
Advogado

RESUMO: Este artigo aborda a evolução da tutela de urgência a partir de uma análise panorâmica da evolução social e política ocorrida na passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Nesse contexto, examinam-se os valores predominantes em cada período para se verificar a modificação axiológica que influenciou a passagem do modelo liberal para o modelo social. Paralelamente, são abordados os influxos dessa modificação sobre o Direito, do ponto de vista da hermenêutica e do surgimento dos direitos sociais. Nesse panorama, analisa-se a evolução do direito processual, com foco nas modalidades de tutela existentes e no aprimoramento das tutelas de urgência até os dias atuais.

SUMÁRIO: 1. O Estado Liberal e sua conformação. A visão da Lei e do Direito – sua projeção no direito privado e no direito processual. 2. O direito processual civil no século XIX e as medidas cautelares. 3. O Estado Liberal e o Estado Social de Direito. 4. Diferenças entre os dois modelos de Estado e sua projeção nos fins colimados pelo direito privado e pelo processo civil brasileiros. 5. A evolução das tutelas de urgência no direito processual civil brasileiro e o contexto da transição dos modelos estatais.

1. O ESTADO LIBERAL E SUA CONFORMAÇÃO - A VISÃO DA LEI E DO DIREITO – SUA PROJEÇÃO NO DIREITO PRIVADO E NO DIREITO PROCESSUAL

O Estado Liberal nasceu de poderoso movimento social, marcado pela universalização de sua mensagem e estribado em três emblemas:

¹ Estudo originariamente escrito em homenagem ao saudoso Prof. Ovídio Baptista da Silva, com alguns ajustes realizados pelo autor para publicação na Revista da Seção Judiciária Federal de Pernambuco.

Liberdade, Igualdade e Fraternidade. A liberdade foi entendida como liberdade do indivíduo contra o Estado, para conter o Estado e proteger a esfera individual de cada um contra o poder estatal. Não foi considerado que a liberdade existe também no relacionamento entre os homens. A igualdade pregada e realizada foi a chamada igualdade formal, em que eram inteiramente desconsideradas as situações sociais de desigualdade. E a fraternidade, em rigor, não foi realizada.

Porque destinadas à consecução da liberdade individual, as Constituições preocupavam-se em proteger o indivíduo contra o Estado; daí o nome de Estado Polícia (État Gendarme). A burguesia, enquanto classe revolucionária idealizadora desse modelo de Estado e de sua filosofia, ligada aos filósofos e juristas desse tempo (século XVIII), carecia de segurança jurídica para consolidar os desígnios liberais trazidos pela revolução.

E, para atingir tal propósito, o referencial passou ser a lei que, em fins do século XVIII e início do XIX, era **insuscetível** de qualquer interpretação, ainda que literal --- a qual veio a ser admitida aproximadamente na altura da terceira década do século XIX.

Nos pontos centrais do tecido legislativo, preponderavam textos normativos minuciosos, com mais elementos definitórios das situações/conduitas em que deveriam incidir, de tal sorte que essa técnica legislativa estabelecia condições de previsibilidade para o maior controle sobre os juízes, *i. e.*, preponderância radical da *mens legislatoris*. Ainda que fossem utilizados conceitos vagos, estes não se alojavam em pontos capitais do sistema jurídico, diferentemente do que atualmente ocorre. Some-se, ainda, a alta significação dos *princípios*² na atualidade, em contraposição à desconfiança compreensível dos legisladores franceses em relação aos juízes, porque eram oriundos da antiga nobreza. Em decorrência, acabou-se restringindo a atividade jurisdicional --- especialmente no que diz respeito à interpretação --- a um âmbito estrito, pois que o juiz era tido como um ser inanimado e não deveria ser senão a boca da lei. A Corte de Cassação francesa nasceu como órgão auxiliar ao *Corps Legislatif*.

Foram essas condições que, basicamente, marcaram a contextura do Estado Liberal: a preocupação premente com a liberdade individual e o

² Estas alterações vieram a alterar profundamente os valores da *segurança, previsibilidade (do que virá a ser decidido)*, pois nosso tempo assumiu valores em parte expressiva diferentes daqueles que presidiram o individualismo e o liberalismo.

correlato apequenamento do Estado, que apenas intervinha para garantir a liberdade individual (Estado de Polícia, absenteísta).

Acrescente-se o objetivo de consolidar as instituições, de forma a garantir a *segurança jurídica* da classe emergente mediante o primado da lei e da previsibilidade pormenorizada das consequências jurídicas para cada ato praticado, o que dependia do alto grau de minúcia e vinculação dos textos normativos, altamente restritivos à atividade jurisdicional, tal como esta veio, crescente e ulteriormente a ser entendida. A ideia de segurança espalhava, então, todos os domínios do direito.

No direito privado, essa ideia se fez presente: na natureza absoluta e individualista do direito de propriedade, inviolável em todos os sentidos; na estrutura e na invulnerabilidade de contrato, regido pela supremacia estrita da vontade (*pacta sunt servanda*) e pela intervenção estatal mínima; no dogma da intangibilidade da vontade humana, que determinava a solução das obrigações em perdas e danos³; nas bases do regime jurídico familiar, menos preocupado com a convivência harmônica e igualitária no núcleo familiar do que com a regulamentação dos direitos patrimoniais dos indivíduos que o compunham; na concepção igualmente individual de responsabilização civil, fundada, via de regra, em critérios estritamente subjetivos, dissociados da visão social posteriormente inculcada nas teorias do risco da atividade.

A era da codificação, impulsionada pelo êxtase do Código Napoleônico, refletiu a mentalidade burguesa em todos os sentidos: a consolidação do direito em códigos exprimia os ideais de segurança proporcionados pela regulamentação exaustiva e organizada dos direitos; já o conteúdo dessa regulamentação traduzia os ideais de liberdade individual preconizados pela revolução.

São significativas desse panorama as observações de Paulo Luiz Neto Lobo, para quem “Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Neste sentido, é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A

³ Registre-se porém, o surgimento e a idealização das *astreintes* pela jurisprudência francesa, fato que envolve certo paradoxo, já que a natureza ressarcitória da solução das obrigações vinha inscrita no Código Civil francês (art. 1.142), o que, a princípio, obstaria os meios coercitivos --- ainda que indiretamente --- para a tutela específica.

liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.”⁴

Paralelamente, foram desenvolvidas normas processuais correspondentes aos paradigmas daquele momento histórico. Amparado na premissa de que as soluções jurisdicionais deveriam declarar o direito com o mais elevado grau de certeza possível, o processo tornou-se alvo de um cientificismo conceitual extremo, e o procedimento foi subdividido em diversas fases e exaustivamente regulamentado.

A estrutura rígida e o caráter moroso do processo de conhecimento herdado desse período é ainda perceptível em nossos códigos --- abstraídos, naturalmente, os mecanismos posteriormente implementados, tendentes à abreviação do procedimento. A premente necessidade de uma resolução *mais segura do que célere* das situações litigiosas constitui, certamente, a razão do preciosismo científico e do alto grau de regulamentação do processo de conhecimento, assim como também foi a causa da sobrelevação da coisa julgada à realização prática do direito material e à consecução de uma decisão justa⁵.

As questões dirimidas no Judiciário eram de índole eminentemente patrimonial e, à luz dos princípios liberais, não poderiam ser solucionadas senão mediante ampla observância dos direitos e liberdades individuais (garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo, considerados sob a perspectiva da igualdade **formal**).⁶

⁴ **Constitucionalização do Direito Civil.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>.

⁵ A afirmação de que a segurança jurídica se sobrepunha à realização prática do direito se explica pelo fato de que a execução propriamente dita praticamente só podia se operar após o trânsito em julgado da sentença condenatória. No que diz respeito à sobrelevação da coisa julgada à solução justa do conflito, não há que se compreender tal afirmação como uma crítica ao instituto da coisa julgada ou uma defesa da sua “relativização”; cuida-se, tão somente, da constatação de que as teorias da relativização ou desconsideração da coisa julgada somente vieram a ser amplamente difundidas a partir do final do século XX, entre nós, diante da perspectiva principiológica da interpretação e aplicação do direito constitucional, ‘implodindo’ uma decisão já revestida pela coisa julgada. Isso se explica pelo fato de que os fatores políticos e sociais que antes apontavam para a necessidade extrema de segurança jurídica transformaram-se de modo a justificar a busca de outros valores, que passam a ser considerados mais importantes para a sociedade ou para uma classe dominante.

⁶ Naturalmente que essas garantias eram providas de acordo com a lei, sem levar em conta eventuais diferenças técnicas ou sociais entre os litigantes, por ser esta a ideologia da época --- nesse contexto, não se cogitava de normas que estabelecessem a igualdade substancial, como, v.g., se dá

Solucionada, de forma irrecorrível, a questão levada ao Poder Judiciário, só então poderia a sentença ser efetivada, e convinha à segurança das instituições (sobretudo da burguesia dominante) que a solução ali contida não mais viesse a ser modificada.

A efetivação dos direitos reconhecidos no processo de conhecimento, quando se tratasse de sentença condenatória, operava-se necessariamente mediante excussão patrimonial (solução em perdas e danos), já que a intangibilidade da vontade humana obstava à realização específica das obrigações de fazer e não fazer, ainda que se reconhecesse um ilícito, ou seja, o seu inadimplemento.

Cuidava-se, em suma, de um sistema processual voltado à consecução das garantias individuais burguesas e à declaração dos direitos com maior certeza e segurança possíveis.

2. O DIREITO PROCESSUAL CIVIL NO SÉCULO XIX E AS MEDIDAS CAUTELARES

Como já foi sinalizado, na estrutura do que designamos como processo clássico, as funções desempenhadas pelo juiz eram rigidamente delineadas; daí provém a inspiração para o vigente Código de Processo Civil. Filiado ao modelo continental europeu, o sistema brasileiro modelou o processo em três segmentos estanques, cada um deles com funções próprias e sem que houvesse a possibilidade de que uma função fosse realizada fora do segmento a ela destinado: conhecimento, execução e cautelar.

A função da cognição tinha por fim a declaração de direito (*lato sensu*). A cautelar visava, única e exclusivamente, produzir efeito assecuratório da eficácia *possivelmente* emergente da sentença do processo principal, quando da procedência da ação, o que excluía que se pudesse, cautelarmente, produzir efeito idêntico àquele suscetível de ser produzido pela procedência da ação. Não havia a possibilidade de execução ou realização do direito simultaneamente à fase de conhecimento.⁷ A realização prática do direito ou a execução propriamente dita eram necessariamente posteriores ao término da cognição e, em regra, dependiam da ocorrência de coisa julgada.

Na linha do que se esclareceu sobre a proeminência do valor *segurança*

com a inversão do onus da prova em favor do consumidor (art. 6º, VIII, do CDC)

⁷ Essa impossibilidade marcou as cautelares atípicas ou satisfativas quase que como uma anomalia, pois nessas isso acabava ocorrendo

jurídica no âmbito do Estado Liberal, a coisa julgada representava manifestação profunda deste valor no campo do processo. Desse modo, era praticamente inconcebível a produção de efeitos jurídicos satisfativos, *i.e.*, o ingresso no patrimônio do demandado, no âmbito do processo de execução, antes do trânsito em julgado, porque, só a partir da coisa julgada, havia certeza do direito. A execução provisória de então possuía alcance limitado, pois não se podia chegar às últimas consequências --- a prática de atos estritamente expropriatórios era vedada, nesta sede, pela redação original do art. 588

Por outro turno, e também de acordo com o ideal de segurança, a sentença proferida no processo de conhecimento era lastreada em cognição plena do material probatório, o que somente se afastou com a criação do julgamento antecipado da lide, sem dano, todavia, à cognição e à instrução, geralmente documental.⁸ Por isso mesmo, era inconcebível que, em nome apenas da *verossimilhança* se pudessem produzir efeitos apreciáveis, como veio a ocorrer com a vasta gama de provimentos cautelares fundados no poder geral de cautela, que resultou hipertrofiada com as cautelareas *satisfativas* ou *atípicas*, e, atualmente, com a tutela antecipada e as outras hipóteses dos arts. 461 e 461-A do CPC, todos suscetíveis de efetivação prática, como hoje consta do sistema do Código de Processo Civil.

Especificamente quanto à tutela cautelar, sua necessidade tornou-se frequente na atividade jurisdicional a partir século XX, sempre crescentemente; em outros tempos, essa modalidade de tutela passava quase que despercebida, pela diminuta necessidade de utilização, em face de uma estrutura e dinâmica sociais que podiam, em escala apreciável, prescindir do uso mais intenso desses instrumentos.

Roger Perrot observa que as demandas do século anterior, tais como

⁸ A evolução que pôde ser percebida no direito luso e no brasileiro foi, tão somente, a da compactação do procedimento, com vistas a chegar-se mais rapidamente à sentença no processo de conhecimento. Assim, no despacho saneador do CPC de Portugal, de 1939 (art. 514), de onde resultava até a possibilidade de decisão da lide, congruentemente com essa tendência, no CPC de 1939 (art. 294), tivemos a origem do nosso despacho saneador, que evoluiu, depois para o julgamento antecipado. Se a sentença de mérito podia ser proferida com maior rapidez, sem lesão ao princípio do contraditório, o recurso que cabia tinha sempre o efeito suspensivo, o que afastava a possibilidade de produção de efeitos. O predomínio da execução privada, incidente sobre a pessoa do devedor, podia ser descrito como uma forma, coativa, de execução antecipada, sem controle do juiz. Só a partir do quarto século, a execução privada, incidente sobre a pessoa do devedor, veio a ser, sucessivamente, objeto de controle pelo Estado (Cf. GIOVANNI ARIETTA, op. ult. cit., p. 4-6 e, especialmente nota, onde refere trecho de Cassandro: **La tutela dei diritti nell'alto medioevo, in Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari**, Nuova serie vol. X, p. 191).

questões referentes ao direito de propriedade, sucessão ou atinentes aos regimes matrimoniais, não exigiam um processo cautelar expedito e permitiam que se esperasse uma solução final, até por tempo dilatado.⁹ A nova ordem jurídica fora instituída com os olhos voltados para a burguesia emergente que, naturalmente, possuía recursos bastantes para suportar a espera da sentença e da coisa julgada. Para a classe social dominante, fazia-se preferível aguardar desfecho *seguro* do processo do que obter, com celeridade, *soluções provisórias* --- e meramente assecuratórias --- passíveis de revogação posterior.

Em autores franceses clássicos, acentua-se que “l'on ne trouve aucun développement particulier sur la mesure provisoire en général”.¹⁰ Diz-se, mais, que somente com a alteração do tipo de civilização e, principalmente, com a passagem de uma sociedade predominantemente agrária para uma sociedade industrial, veio a alterar-se “la philosophie même de la mesure provisoire”.

Em poucas palavras, o burguês modelou o sistema jurídico em prol de sua atuação e dos seus interesses que, somente com a evolução **gradativa** das relações econômicas e sociais, passou a demandar tutelas de urgência.

E, se a evolução das relações econômicas e sociais demandou certo período de tempo, a absorção dos novos valores no âmbito do direito processual --- e a decorrente expansão das medidas de urgência --- demandou um processo de conscientização igualmente gradual.

A evolução das tutelas de urgência envolve, além da alteração de valores do âmbito do processo --- tais como a noção de tutela preventiva do dano, em lugar da tutela meramente ressarcitória e a sobrelevação da **efetivação imediata do direito** em detrimento do valor **segurança**, que em determinadas situações se revela inútil ou insuficiente à consecução de uma solução justa --- , **uma alteração no próprio modo de encarar a lei e o direito**. A necessidade dessa evolução é também percebida no direito processual civil italiano, em que evoluiu a interpretação em torno do art. 700, do CPC italiano, originariamente confinando à cautelaridade (estrita cautelaridade), para vir a abarcar também a antecipação de tutela

⁹ Cf. Roger Perrot, *Les Mesures Provisoires en Droit Français*, pp. 152/153, in *Les Mesures Provisoires en Procédure Civile [Atti del Colloquio Internazionale, Milão, 12/13 outubro 1.984]*, Milão, 1.985, Giuffrè, aos cuidados de Giuseppe Tarzia.

¹⁰ Cf. Roger Perrot, *Les Mesures Provisoires en Droit Français*, cit., n° 1, p. 151.

ou de direitos.¹¹ A *maior* difusão desse tipo de tutela partiu **de soluções jurisprudenciais** que conferiram interpretação **inovadora** às normas do Código. Vislumbra-se, assim, uma estreita relação entre a evolução das medidas cautelares e a mudança do eixo paradigmático na aplicação do direito. A necessidade de observância estrita aos textos legais que minuciosamente definiam as hipóteses de aplicação foi substituída pela **interpretação sistemático-teleológica** de textos normativos mais amplos, em que em escala apreciável prevêem princípios ou regras gerais.

Daí que, na segunda metade do século XIX, entreviu-se, na Itália, um poder geral da cautela, que poderia ser exercido mediante a observância dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a serem aferidos concretamente pelo juiz quando não houvesse previsão de processo cautelar típico para a hipótese.¹²

Com Código de Processo Civil italiano de 1865, escasso na disciplina das medidas cautelares, atrofiou-se o quadro precedente, chegando-se a discutir-se se as inibitórias subsistiriam, ou não. Parte dos autores negava, mas um deles ----- Averara (em obra sobre o Sequestro) ----- observa que, na ordem prática, poderiam ocorrer hipóteses, ou casos excepcionais, *não previstos na lei*, e, para os quais as normas referentes a sequestros, ações possessórias e de nunciação de obra podiam não ter aplicação, e, daí não se poderia entender que as *inibições* teriam de ser havidas como desaparecidas “non potendosi immaginare che il legislatore avesse voluto lasciare indifesi ed in balia dall’arbitrio altrui i diritti dei cittadini”.¹³ Possivelmente as opiniões que propendiam pela não extensão ou aplicação analógica, *mutatis mutandis*, de outros procedimentos típicos de que a lei

¹¹ Pode-se dizer que as medidas do sequestro conservativo e judiciário, a nunciação de obra nova e algumas inibitórias, no direito italiano, foram as primeiras medidas de que se pode dizer terem sido, propriamente, cautelares. Isso porque a *cautelaridade* no direito romano clássico e em parte apreciável do direito medieval não foi realizada através do *processo*, senão que por garantias convencionais, decorrentes da cautela e da segurança imprimida nos negócios (GIOVANNI ARIETA, **I Provvedimenti d’Urgenza - ex art. 700 C. P.C.**, cap. 1, I, 1). Há autores que observam tratar-se de uma verdadeira *auto-tutela asseguradora* da atividade negocial. (Cf. BETTI, **Diritto Processuale Civile Italiano**, Roma, 1936, 2ª ed., p. 52). Objetivavam, mediadamente que, com a necessidade de intervenção jurisdicional, ficasse essa facilitada, ou que as garantias reais representassem uma segurança do credor (Carnelutti, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1930, II, **Intorno al sequestro convenzionale**, p. 109 e seguintes). Daí poder-se falar em tutela cautelar convencional. Na alta Idade Média, inclusive, verificou-se declínio da autoridade, inclusive havendo tolerância popular em relação ao ‘fazer justiça com as próprias mãos’. (GIOVANNI ARIETA, **op. ult. cit.**, p. 4).

¹² Cf. GIOVANNI ARIETA, *op. cit.*, I, 3, p. 8.

¹³ Cf. GIOVANNI ARIETA, *op. cit.*, I, 3, p. 9.

tratava, para abranger hipóteses não previstas, tinham como raiz evitar que através de normas vagas de conteúdo, o juiz tivesse maiores poderes, como os que tem hoje.

A negação de tais tarefas ao juiz assentava-se na concepção de legalidade, nos quadros do liberalismo e no temor de uma maior adjudicação de poderes ao juiz.¹⁴

A jurisprudência, todavia, inclinou-se, por fim, pela possibilidade de concessão de *algumas medidas*, em nome e por causa da boa administração da justiça, fundamentalmente, através de uma *interpretação extensiva* das regras referentes ao sequestro.¹⁵

Como conclusão expressiva desse período, pode-se dizer que os tribunais sentiam que **o sistema positivo era insuficiente**, na medida que somente se disciplinavam as medidas cautelares típicas e, por isso mesmo, havia exigência de “creare un terreno cautelare più ampio nel quale il giudice potesse muoversi a suo bell’agio, evitando gli sconfinamenti e le improprietà”.¹⁶ Esse sentimento de insuficiência do sistema positivo revela-se como que um prenúncio da nova mentalidade que estava por emergir, o que nos permite afirmar que a necessidade de ampliação das tutelas de urgência foi um sintoma significativo da necessidade de modificação dos parâmetros legalistas que vigiam no Estado Liberal.

Na doutrina italiana, a antevisão de um poder geral de cautela, dissociado da estrita tipicidade das cautelares, bem demonstra essa circunstância. CHIOVENDA afirmou, independentemente do acerto de sua opinião em relação ao regime jurídico que lhe servia de base de raciocínio (Código de Processo Civil italiano, de 1865), que: “esiste dunque anche nella nostra legge la figura generale del provvedimento provvisorio cautelare; è rimesso completamente al giudice di stabilirne l’opportunità e la natura”.¹⁷ Do

¹⁴ Dizia-se que a submissão da cautelaridade exclusivamente a figuras típicas respondia: “probabilmente l’esigenza di eliminare ogni possibile arbitrio del giudice nell’emettere provvedimenti cautelari atipici ed innominati e, conseguentemente, l’espressa adesione ad un sistema rigido di misure cautelari tipiche”. (Cf. GIOVANNI ARIETA, op. cit., I, 3, p. 10, referindo-se às opiniões de GIANZANA --- **Il Sequestro**, pp. 115-116 --- e PISANELLI --- **Commento del codice di procedura civile**, Napoli, 1879, p. 969 ---, dizendo este último que, conquanto pudesse ser útil o poder dos magistrados concederem inibições, ponderava que disso poderia haver facilmente abuso.

¹⁵ Cf. GIOVANNI ARIETA, op. cit., I, 3, p. 10, esp. p. 11.

¹⁶ Cf. GIOVANNI ARIETA, op. cit., I, 3, p. 12; o trecho ao final transcrito é de ANTONINO CONIGLIO, **Il Sequestro Giudiziario e Conservativo**, Milão, 1949, 3ª ed., Giuffrè, nº 22, p. 33.

¹⁷ GIUSEPPE CHIOVENDA, **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**, vol. I, p. 242.

conjunto de disposições então vigentes ----- continuava CHIOVENDA -----haver-se-ia de extrair a existência de um poder cautelar geral “che consentiva al giudice di stabilire, secondo le circostanze, il modo migliore per la conservazione dello statu quo, tenendo conto, da um lato, dei danni temuti per il diritto oggetto di cautela e, dall’altro, dei danni eventuali provocati dalla stessa misura assicurativa”. Tratou-se de uma construção, sobre o sistema existente, consistente como que num ‘fecho de abóboda’ construção esta que, a partir das tendências crescentemente dominantes da jurisprudência,¹⁸ acabou por levar à conclusão sobre a existência de um tal poder cautelar geral.

Essa posição, desde logo, todavia, não predominou.

De todo modo, as manifestações de CHIOVENDA e a propensão jurisprudencial à concessão de cautelares atípicas --- ainda que de maneira excepcional, podem ser consideradas um prognóstico do que sucederia na virada do Estado Liberal para o Estado Social, quando o poder geral de cautela veio a tornar-se imprescindível. De algumas décadas até os nossos dias, remarca-se o aumento da cautelaridade, de que, uma das variáveis é a necessidade da “*“effettività” della tutela giurisdizionale*”.¹⁹

3. O ESTADO LIBERAL E O ESTADO SOCIAL DE DIREITO

A transição de mentalidade que contextualizou o surgimento dos direitos sociais é bem sintetizada por CANOTILHO ao enunciar que o paradigma sob o qual emergiram os direitos fundamentais inerentes ao Estado Liberal-Burguês, fundado na igualdade formal e nas liberdades negativas, deu lugar, gradativamente, à concepção “republicana” dos direitos fundamentais que, embora também voltada para o homem enquanto indivíduo, deixa de concebê-lo isoladamente para inseri-lo no ambiente social.²⁰

¹⁸ Cf. Giovanni Arieta, **I Provvedimenti d’Urgenza - ex art. 700 C. P.C.**, 2ª cit., I, 4, p. 13.

¹⁹ Cf. Giuseppe Tarzia, **Il Nuovo Processo Cautelare**, Padova, 1993, Cedam, *La Tutela Cautelare*, p. XXII.

²⁰ Sinaliza o autor que: “Ao lado desta concepção individualista dos direitos naturais [i.e., da concepção que deu origem aos direitos fundamentais de cunho liberal-burguês], cedo se divisou outra linha – na senda dos ideólogos e dos «cientistas», de Volney, Destutt de Tracy e sobretudo Condorcet – acentuadora da natureza de «troca» dos direitos no âmbito da sociedade. Os direitos naturais continuam a ser considerados como direitos individuais, pois, ao jeito do jusnaturalismo racionalista, o indivíduo pensante e actuante constitui o eixo nuclear do sistema social. Todavia, os direitos do homem são direitos do homem na sociedade, porque a sociedade é o estado normal

Na sequência desta mudança paradigmática, pronuncia-se o surgimento de uma mentalidade que, sem desprezar os ideários burgueses de liberdade, volta-se à construção de novos direitos, desenvolvidos sob uma concepção “republicana e positivista”²¹ dos direitos humanos. Tais direitos são denominados ‘sociais’ em vista do momento político --- coincidência do Estado Social --- e, por conseguinte, da perspectiva filosófica (indivíduo visto sob a óptica socializante) --- em que se situa seu surgimento.

O Estado Social, produto do falecimento do liberalismo e do insucesso do socialismo como forma de organização político-estatal, tem como principais fundamentos o regime democrático, a soberania popular e a **justiça distributiva**. Foi inaugurado pela Constituição de Weimar (1919), cujo conteúdo foi amplamente difundido na Europa, e, em certa medida, pela anterior Constituição Mexicana de 1917. Estes textos constitucionais erigiram à categoria de direitos fundamentais exigências radicadas, no fundo, na **dignidade da pessoa humana** e, por que não dizer, na solidariedade social, como expõe Canotilho,^{22 - 23} sobre o que mais claramente veio a constar da Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn). Nessa direção, quando se associa a dignidade da pessoa humana à consecução da igualdade na diversidade (igualdade substancial), é possível falar em **dignidade social**, eis que “não se refere ao indivíduo já desenraizado da abstração contratualista setecentista (‘teorias do contrato social’), mas ao *ser*, na sua dupla acepção de

e material do homem. Estamos a um passo da viragem «positivista»: os direitos naturais são uma constructa social e não um dado; a segurança, a liberdade e a propriedade, embora de natureza irrenunciavelmente individual, emergem de convenções ou trocas sociais. A dimensão historicista espreita também já nessa perspectiva: os direitos naturais realizam-se historicamente através de convenções ou trocas sociais.” (O círculo e a linha: da «liberdade dos antigos» à «liberdade dos modernos» na Teoria Republicana dos Direitos Fundamentais. In: **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 18 (é nossa a anotação em destaque, entre colchetes).

²¹ *Idem ibidem*.

²² CANOTILHO, O círculo e a linha ..., **op. cit.**, p. 19-24, onde se conclui que: “No fundo, a tensão dos direitos naturais/teoria republicana dos direitos fundamentais residia aqui: o homem era o fundamento dos direitos naturais (e nisso estavam de acordo o republicanismo e o liberalismo), mas o homem de uns é o homem isolado e independente (perspectiva liberal) e para outros é o homem social, fraternal e solidariamente vinculado (perspectiva republicana)” (**op. cit.**, p. 24).

²³ Também Ferreira Filho admite serem direitos oriundos da **solidariedade**, embora sob a ressalva de que a utilização desta expressão deve ser reservada aos direitos difusos, denominados de terceira geração: “esse fundamento [dos direitos sociais] é, numa palavra, a solidariedade entre os homens se isso não trouxesse confusão com os direitos de terceira geração, chamados direitos de solidariedade (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 51).

‘cidadão’ e ‘pessoa’, inserido numa determinada comunidade, na sua relação vertical com o Estado e outros entes públicos, e ‘horizontal’ com os outros cidadãos”²⁴.

Cuidam-se de direitos que, na visão de Bobbio, emergem de um núcleo genérico “que se desdobra em especificações”²⁵, e que têm sido consagrados por enunciados que *particularizam hipóteses*, de que antes não havia consciência e em relação a situações que não provocavam reclamos sociais. Em nossos dias, fala-se em *direitos da mulher, da criança, do idoso, dos deficientes*, que são particularizações. Destinam-se a atender a *necessidades especiais*. Em relação a esses, afirma a nossa Constituição que ‘são direitos de todos e dever do Estado’. No plano internacional, podem-se citar diversos tratados e convenções que consagram direitos humanos específicos, como a Convenção de Genebra sobre a Escravatura (1926), a Convenção Relativa aos Prisioneiros de Guerra (1929), as Convenções de Genebra de 1949, sobre a proteção de vítimas de conflitos bélicos, a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação da Mulher (1959), a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971).

Os direitos sociais cuidam, predominantemente, dos direitos daqueles que se encontrem em situações diferenciadas e que, por isso, necessitam de tutela especial do Estado (prestações *positivas do Estado*). Tais direitos marcaram uma mudança de enfoque acerca do princípio da isonomia, o qual, até então, era visto pela perspectiva meramente formal --- o que, afinal, era conveniente à classe burguesa ---, e passou a ser encarado sob a óptica substancial, no sentido de se compensarem as diferenças existentes no plano fático (social, econômico, etc.) mediante tratamento diferenciado

²⁴ QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais: Questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 172.

²⁵ Anota autor que esta especificação “consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. (...) Essa especificação ocorreu seja com relação ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais de existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre mulher e homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de se reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais etc.” (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução por Carlos Nélson Coutinho. 5ª reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 88).

da lei.

Aspecto distintivo dos direitos sociais, comparativamente às liberdades do Estado Liberal-Burguês, reside na sua índole ***predominantemente prestacional***. Enquanto as liberdades de primeira dimensão demandam do Estado uma abstenção, de modo a delinear a intervenção estatal mínima sobre a esfera jurídica do indivíduo, as liberdades de segunda dimensão exigem uma postura ativa do Estado, no sentido de assegurar tratamento jurídico diferenciado àqueles que se encontrem em situação de inferioridade social, econômica ou cultural. O Estado obriga-se a prestações sociais que propiciem a correta distribuição dos direitos individuais.

Em síntese, podem os direitos sociais ser definidos como direitos subjetivos de natureza predominantemente individual, voltados à concretização da dignidade humana em termos substancialmente isonômicos, cuja concretização depende, no mais das vezes, da postura ativa do Estado no sentido de assegurar tratamento especial aos indivíduos que se insiram em grupos particulares.

Pode-se dizer que esses direitos provieram dos males de que padeceram diversos segmentos no seio das sociedades, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, em decorrência do liberalismo. O término da Grande Guerra ----- que muitos simbolicamente identificam como o *fim do século XIX* ----- acabou por ser o momento em que se constatou a queda do Estado Liberal e a assunção do modelo do Estado Social, de que é o exemplo marcante o da Constituição de Weimar.

No Brasil, inaugurou-se esta previsão de direitos sociais, ao lado dos individuais, com a Constituição de 1934, ao influxo do modelo inaugurado pela precitada Constituição de Weimar, seguida pelas Cartas que lhes sucederam de 1946, 1967, EC 1/69, 1988. A Constituição de 1988 é rica na previsão destes direitos e a legislação ordinária aponta para a defesa crescente da minorias.

Em sede doutrinária, utiliza-se a classificação de José Afonso da Silva, amparada no direito positivo vigente: *a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direito social relativo à família, criança, adolescente*

e idoso; e) *direitos sociais relativos ao meio ambiente*.²⁶

Autores da mais alta respeitabilidade, como o Prof. Augusto Cançado Trindade,²⁷ insurgem-se contra classificações, porque prestariam um desserviço à causa dos direitos humanos. Serviriam as classificações a manipulações de governo, com vista a escamotear a efetividade dos direitos sociais. Essa crítica não é despida de razão, já que, de acordo com de Bobbio²⁸, os direitos sociais não se exaurem em enumerações, pois se encontram ainda *em multiplicação*.

4. DIFERENÇAS ENTRE OS DOIS MODELOS DE ESTADO E SUA PROJEÇÃO NOS FINS COLIMADOS PELO DIREITO PRIVADO E PELO PROCESSO CIVIL BRASILEIROS

Juntamente com os novos direitos que emergiram, denominados *direitos sociais*, e até para garanti-los na prática, o Estado Social trouxe à tona um novo modelo de atuação do poder estatal e, com ele, um novo modelo jurisdicional, se compararmos com o precedente modelo do liberalismo. A modificação da postura do Poder Judiciário e o surgimento de uma nova hermenêutica, influenciada pela **efetividade das normas constitucionais**, lançaram também nova luz aos institutos de direito privado.

Enquanto, no liberalismo, o *Estado (absenteísta)* não intervinha na vida social e esse modelo marcava a ‘vocação’ dos legisladores ordinários e dos órgãos jurisdicionais, o surgimento do Estado Social foi marcado pela presença da atuação estatal para garantir os novos direitos, cuja consecução nem sempre se amparava na dicção literal dos textos normativos.

²⁶ TRINDADE, Augusto Cançado. Visão Integral dos Direitos Humanos. In: **Relatório Azul 97**, editado pela Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1997, p. 2.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1988, p. 289. A classificação é adotada pelo Ministro Carlos Velloso em: Velloso, Carlos Mário. **Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil**. Disponível em: http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/veloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf.

²⁸ De acordo com o autor: “Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens”. (**Op. Cit.**, p. 19).

Proximamente ao fim do século XIX, mercê dos trabalhos de Wach, Binding e Kohler, quase simultâneos (e, coincidentes nos seus propósitos), verificou-se a inviabilidade, porque não mais atendia aos anseios sociais dominantes, da limitação na hermenêutica vigorante no período liberal, passando-se, então, a cogitar de hermenêutica, gravitando, agora já não mais em torno da vontade do legislador, senão que procurando entender a vontade da **lei**, i.e., passou-se a admitir a interpretação teleológica.²⁹ Esta **mutação no âmbito da hermenêutica** acabou prevalecendo e esse entendimento, oriundo da Alemanha explicava-se, porque esta já sobrepujava a França em prestígio no campo do direito.

Refere-se CAPPELLETTI ao espectro limitado da interpretação no período liberal,³⁰ em contraposição ao alcance da hermenêutica nos períodos subsequentes, até nossos dias. Pode-se neste particular, atentos às origens do Tribunal de Cassação francês, decorrente da lei de 19.11.1790, dizer que o escopo da atividade jurisdicional (no dizer de P. Foriers) era o de assegurar-se “um controle da lei, do seu conteúdo, de sua observância (...) com o fito de salvaguardar a obra legislativa”³¹. Deve-se remarcar que o objetivo era o de preservar a lei, com o mesmo significado perdurável e preciso tal como no momento em que havia sido editada.

Disse RIPERT³² que o reinado do direito começava com Código de Napoleão e aquele Código Civil foi havido, durante muito tempo, como intangível, dizendo um outro autor que nesse Código somente se poderia tocar “com a mão trêmula”. A idéia de segurança ligava-se em grande parte à de previsibilidade e muito mais à de manutenção do status quo.

O que parece ser legítimo dizer-se é que os *Códigos* “eram mais importantes” que as Constituições, no plano **prático**. Se as Constituições consagravam direitos, cujo perfil e qualidade evoluiu ao longo do tempo, na realidade, pode-se dizer que, no século XIX, a eficácia das normas constitucionais *restava represada ou podia ficar represada pelo legislador ordinário*, pois, se este não criasse condições para a eficácia daquelas, não

²⁹ V. sobre isto, LARENZ **Metodologia da Ciência do Direito**, Lisboa, 1997, ed. Fundação Calouste Gulbekian, 3ª ed. portuguesa, tradução da 6ª ed. alemã (1991), pp. 42-43.

³⁰ **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, pp. 40 e ss.

³¹ PERELMAN, Chaïm. **Logica giuridica – Nuova retórica**. Milano: Giuffrè, 1979, p. 75.

³² **Le Déclin du Droit – Études sur la Legislation Contemporaine**, Paris, 1949, LGDJ, nº 2, p. 2 e ss.

passariam de *normas programáticas*. É manifesto o paradoxo, porque o legislador ordinário *limitaria o constituinte*.

O Estado Social, diversamente, marca o início da afirmação *prática* da supremacia constitucional sobre as demais normas jurídicas, sob diversas perspectivas³³: a) da valorização da Constituição e criação de novos critérios e princípios hermenêuticos que propiciam formas de controle e efetivação das normas jurídicas à luz da Constituição; ³⁴ b) da criação dos novos direitos, provenientes da interferência estatal em prol dos direitos sociais e, ao depois, dos direitos coletivos, seguida pela criação de novos instrumentos de tutela desses direitos coletivos ---- em que a cautelaridade e a antecipação de efeitos mostrou-se inerente ou essencial à respectiva proteção ----- e pelo reforço na aplicação dos instrumentos já existentes; e, por fim, c) da própria constitucionalização, no plano da realidade prática, dos direitos individuais já existentes, com o reforço dos instrumentos e princípios protetivos.

A estrutura do processo civil clássico reflete, entre nós, essa realidade. O novo modelo de Estado, refletido na Constituição de 1934, onde se previram expressamente os direitos sociais (Título IV do Capítulo II), consagrou, no âmbito do processo, a *prevenção do dano causado por ato de autoridade* mediante a impetração de mandado de segurança.³⁵ Foi

³³ A respeito da influência da efetividade das normas constitucionais e de sua superioridade – no plano prático – relativamente à legislação ordinária, v. o que escrevemos na obra coletiva **Constituição de 1988- O Brasil 20 anos depois**. Org. Bruno Dantas, Eliane Cruxên, Fernando Santos e Gustavo Ponce de Leon Lago. V. III, p. 388-483, em artigo intitulado “Processo e Constituição”, no qual aprofundamos as linhas gerais sintetizadas nesse parágrafo.

³⁴ Um exemplo que nos parece expressivo é o da modificação do entendimento da Corte de Cassação italiana em face da norma do art. 833, do Código Civil italiano (rigorosamente correspondente ao § 2º, do art. 1.228, do Código Civil brasileiro). De início, entendia-se que afetado um terceiro pelo exercício do direito de propriedade, o proprietário não poderia ser havido como tendo agido *emulativamente* (à luz do art. 833, do Coc. Civ. it.), se o seu agir tivesse para ele “qualquer utilidade”. Sucessivamente à promulgação da Constituição italiana, que consagrou no art. 42 o princípio da função social da propriedade, alterou-se o entendimento, de tal forma que haver-se-á de avaliar ----- à luz do princípio da proporcionalidade ----- o grau de utilização da conduta do proprietário em relação à extensão com que o terceiro é afetado. O texto constitucional influenciou decisivamente na alteração do entendimento do direito privado (V. Salvatore Patti. **Codificazioni ed evoluzione del diritto privato**. 1ª ed., Roma-Bari, 1999, p. 19, na parte do trabalho de nº 7, “**Costituzione e “rilettura” del codice civile**” [*Codificações e evolução do direito privado, Constituição e “releitura” do Código Civil*]).

³⁵ Dispunha a CF/34 no seu **Art. 113, 33**: “33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a

igualmente consagrada a ação popular, instrumento atribuído aos cidadãos para *evitar lesões* ao patrimônio público.³⁶

Subsequentemente, a legislação ordinária regulamentadora desses instrumentos viria prever a possibilidade de concessão de liminar no mandado de segurança (art. 7º, II, da Lei n.º 1.533/1951³⁷) e na ação popular (art. 5º, §4º, da Lei n.º 4.717/1965, com a redação atribuída pela Lei n.º 6.513/1977³⁸). Tais previsões legais demonstram a evolução que teve lugar no direito processual, porque, ao lado dos procedimentos sumários ou diferenciados previstos nas Constituições --- que já denotavam a inadequação dos modelos insculpidos pelo processo tradicional ---, reconheceu-se a necessidade de se resguardar a eficácia do resultado do processo e, até mesmo, senão que predominantemente, o próprio direito material, mediante provimentos liminares.³⁹

O engrandecimento da figura do juiz contribuiu para a abertura a uma maior proteção jurisdicional; punham-se à disposição do juiz cada vez mais instrumentos ajustados à realização do Direito, à restauração do ilícito que houvesse ocorrido e para evitar que o ilícito ocorresse ou se repetisse, e, quando verificado, fosse minimizado.

Nos quadrantes da evolução por que passou a relação entre o juiz e a lei, intensificou-se a utilização de conceitos vagos ou indeterminados, como já se aflorou, que, sabida, intencional e necessariamente, adjudicam maior poder ao juiz, justamente porque em tais normas há menos elementos definitórios da conduta. Sendo o conteúdo da norma mais vazio de elementos, correlatamente, o juiz acaba por ter de preencher espaços. É campo normativo fértil para uma interpretação teleológica.

pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes’.

³⁶ Dispunha o art. 113, 38, da CF 1934: “38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

³⁷ “Art. 7º - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
(...)

II - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”. (grifo aditado)

³⁸ “ 4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado.”

³⁹ Sem embargo da discussão doutrinária encetada acerca da natureza das liminares proferidas em mandado de segurança ou ação civil pública parece-nos que, na medida em que estas ações visam à desconstituição do ato praticado por autoridade administrativa e, sendo possível a suspensão desse ato, no mais das vezes a decisão liminar proferida concede ao autor medida realizável do ponto de vista prático, de natureza antecipatória.

Entre nós, à semelhança do que ocorreu no direito italiano (CPC italiano, art. 700), o Código de Processo Civil de 1973, conquanto ainda pautado no modelo clássico herdado do liberalismo, previu expressamente a utilização um poder geral de cautela pelo juiz (art. 798 do CPC), a depender da verificação de critérios cuja apreciação deve ser feita *in concreto* (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Esse poder geral, que não excluiu a previsão de medidas cautelares típicas, abriu caminho para a utilização “promíscua” do processo cautelar com vista a conceder ao requerente, mais que medidas assecuratórias da eficácia do resultado do processo principal, a tutela preventiva do **próprio direito material**. Daí viriam a se desenvolver, entre nós, as mais diversas modalidades de tutela de urgência hoje utilizadas.

A intensidade com que, além da função restauratória do ilícito, passou o Judiciário a procurar evitar *preventivamente* os ilícitos, passando a trabalhar com os chamados *ilícitos de perigo*, mostra, ainda sob esta faceta, o aumento da presença avultada do juiz nas sociedades e a mudança de enfoque acerca da função juristional. Passou-se a admitir mais amplamente --- e, ao depois, a garantir constitucionalmente (art. 5º, inc. XXXV, CF/88) --- a invocação do Poder Judiciário com vista a prevenir o ilícito, em situações de ameaça a direito.

Paralelamente, a ideia de dignidade social passou a permear os institutos de direito privado mediante o labor interpretativo da jurisprudência, de modo que, hoje, se estabeleceu a necessidade de observância de uma função social do contrato e da propriedade⁴⁰; da despatrimonialização do direito de família com vista a um enfoque que privilegia a afetividade entre os membros do núcleo familiar; na admissão do risco da atividade enquanto elemento passível de instituir a responsabilidade civil independente de culpa ou dolo, entre outros. outro aspecto de fundamental importância consistiu no rompimento gradativo do dogma da intangibilidade da vontade do devedor, que autorizou o cumprimento específico de prestações não-patrimoniais. Essas modificações introduzidas, em grande parte, pela jurisprudência, terminaram por se incorporar, gradativamente, aos textos legais.

⁴⁰ A função social dos direitos já fora, há muito, divisada por Leon Duguit (**Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón**. Trad. DeCarlos G. Posada. 2ª ed. Madrid: Francisco Beltran Librería Española y Extranjera, s/d, p. 34), mas foi efetivamente difundida e praticada no período posterior à crise de 29 e à II Guerra Mundial, quando se verificou o colapso do liberalismo e quando já eram conhecidas as filosofias socialistas.

Com efeito, a disciplina dos contratos, **animada em grande parte pelos avanços jurisprudenciais**,⁴¹ passou da observância estrita ao princípio *pacta sunt servanda* para o alargamento das possibilidades de revisão contratual mediante a aplicação das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva, que, posteriormente, se incorporaram ao ordenamento positivo. A dificuldade de configuração das nulidades, que, antes, eram *taxativas* e poucas (art. 145 do CC/1916), foi substituída, no âmbito das relações de consumo, por um sistema *numeros apertus* (art. 51, *caput*, do CDC, onde os incisos do art. 51 são amplíssimos, considerando como causas de nulidade as “iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”), para concluir-se que, em lugar da segurança formal e rígida do contrato clássico, colocou-se o alargamento dos poderes do juiz de reequalizar situações contratuais, em nome de valores como a justiça, boa-fé e equidade. Tenha-se presente que o Código Civil, no seu art. 2.035, parágrafo único contém, também, *nulidade aberta*, ao referir-se à função social do contrato e da propriedade.⁴²

A função social da propriedade, hoje prevista no texto constitucional (art. 5º, XXIII, art. 186), ganhou efetividade a tal ponto que a jurisprudência pátria já chegou a conferir eficácia direta e imediata ao dispositivo que a consagra, com a finalidade de fazê-la repercutir em matéria possessória⁴³, avanço esse, todavia, que teoricamente não é fácil de equacionar.

⁴¹ Ao tratar do tema “Antecipação à lei e ruptura dos paradigmas”, na obra **Precedente Judicial como fonte do direito** (São Paulo, RT, 2004, p. 284 e s.), CRUZ E TUCCI traz à tona diversos temas de direito privado onde houve inovação significativa na aplicação do direito pela jurisprudência, realçando que “o Código Civil de 1916 e tampouco a legislação extravagante não continham normas expressas sobre a lesão, como causa de invalidade do negócio jurídico (art. 157 do novo CC), sobre a resolução por excessiva onerosidade (arts. 478 a 480 novo CC), ou mesmo acerca do enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886 do novo CC)”. “A despeito dessas lacunas”, observa, “há incontáveis precedentes judiciais produzidos durante a vigência do diploma revogado, que permitiram, nas referidas situações, a revisão dos contratos ou decretaram sua invalidade, ensejando verdadeira sistematização dogmática não positivada, mas que agora foi expressamente contemplada”. A propósito dessas considerações, cita os seguintes julgados: STJ, 6ª T., Resp 36.279-SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernecchiaro, DJ de 05/04/1999; 3ª T., Emb. Decl. no Resp 46.723-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 13/03/1995; 5ª T., 34.687-RS, Rel. Min. Assis de Toledo, DJ 02/08/1993.

⁴² Código Civil, art. 2035, parágrafo único. Reza o seguinte: “Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

⁴³ V., a propósito, nossos **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, v, XI, Forense, 2009, p. 252 e 253.

Essa inegável adoção de uma perspectiva socializante no direito privado por contribuição de considerável atuação jurisprudencial também se verifica no direito de família (v.g. no tratamento das uniões entre pessoas não casadas),⁴⁴ nos direitos da mulher, dos idosos, da criança e do adolescente, onde são inumeráveis as inovações advindas da nova hermenêutica constitucional.⁴⁵

O Estado Social reservou --- sobretudo às minorias não privilegiadas --- a proteção de bens jurídicos considerados essenciais à dignidade humana, dentre os quais sobressaem os direitos à vida, à saúde, à educação, à moradia e ao trabalho. Tais direitos revelaram-se, muitas vezes, insuscetíveis

⁴⁴ CRUZ E TUCCI enfatiza a quebra de paradigmas pela atuação dos precedentes judiciais em matéria de família e resume a evolução dos direitos da concubina, “desde o reconhecimento à indenização previdenciária, em casos de morte do segurado, até a plena regulamentação legislativa da união estável”: “*Concubinato* era termo proscrito da legislação civil. Paulatinamente, logo após os primeiros julgados que atribuíram direito previdenciário à concubina, institui-se sólida corrente jurisprudencial no sentido de atenuar as injustiças decorrentes da falta de regulamentação legislativa acerca da matéria. Assim, o denominado concubinado passou a ser tratado como verdadeira sociedade de fato, por uma profusão de *precedentes judiciais*, no período de 1946 a 1963, ensejando a formulação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Dederal, que instituiu a comunicação de aquestos, desde que comprovado o esforço comum para a aquisição onerosa da bens. Inicialmente, esse esforço comum era considerado, em inúmeras decisões judiciais, como a medida da participação efetiva de cada concubino para a partilha do patrimônio acumulado durante a união *more uxorio*. Surgiu, então, novo posicionamento pretoriano, sustentando que após cinco anos de concubinato, o julgamento deveria ser proferido com base na presunção *ius tantum* da existência de esforço comum, o que implicava inversão do ônus da prova para o concubino que tivesse os bens registrados em seu nome. Ocorre que, pouco a pouco, e uma vez mais por influxo marcante da iteração de *precedentes*, veio prestigiado o entendimento no sentido de que a expressão *esforço comum*, da mencionada Súmula 380, não importava, necessariamente, em participação efetiva no aumento patrimonial, bastando que a concubina houvesse contribuído indiretamente, com seu trabalho na lida doméstica. Verifica-se, afinal, que a evolução dos *precedentes judiciais* sobre essa importante questão social acabou tornando imperiosa a regulamentação legislativa da união estável, primeiramente, pelo art. 226, § 3º, da Constituição Federal, até a disciplina dos arts. 1.723 a 1.727 do novo Código Civil que, em grande parte, positivou a linha de pensamento predominante nos tribunais pátrios”. (*Op. cit.*, pp. 288-289).

⁴⁵ Recentemente, há uma tendência a se conferir eficácia imediata aos dispositivos constitucionais que cuidam das atribuições do Ministério Público (arts. 127 e 129), para se conferir legitimidade à instituição para tutelar os direitos do menor e do idoso desambarados. Os acórdãos dizem respeito, em sua maioria, ao direito à saúde – hipóteses de pretensão ao fornecimento de medicamentos e à prestação de assistência à saúde dos menores e dos idosos – e ao direito à creche, no caso dos menores (STJ, 1ª T., REsp 822712/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 04/04/2006, DJ 17/04/2006, p. 196; STJ, 1ª T., REsp 822712/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 04/04/2006, DJ 17/04/2006, p. 196; STJ, 2ª T., REsp 984.430/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 23/10/2007, DJ 22/11/2007, p. 238STJ, 2ª T., AgRg na MC 14.096/PR, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias -- Juiz Convocado do TRF 1ª Região, j. 03/06/2008, DJe 19/06/2008; STJ, 1ª T., REsp 899.820/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 24/06/2008, DJe 01/07/2008).

de proteção pela via da tripartição rígida e clássica do processo, cujos segmentos estanques (conhecimento, execução e cautelar), impossibilitava a produção de efeitos apreciáveis fora da fase executória.

5. A EVOLUÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E O CONTEXTO DA TRANSIÇÃO DOS MODELOS ESTATAIS

A superação do modelo liberal-burguês repercutiu no âmbito do processo civil sob diversas perspectivas, sendo significativa a evolução das tutelas de urgência nesse contexto. Se antes a atuação do juiz por meio do processo era considerada uma *ameaça* ao *status quo* e um perigo para segurança da classe burguesa, com a evolução tecnológica, o fim das Grandes Guerras e a ocorrência de crises significativas na economia mundial, a atividade jurisdicional limitada à codificação já então obsoleta é que se tornou uma verdadeira *ameaça* aos direitos reconhecidos pelo Estado Social. Esse aspecto foi notado por diversos processualistas que, na atualidade, demonstraram a insuficiência do sistema precedente às reformas do Código de Processo Civil e preconizaram uma interpretação das normas legais mais consentânea com as garantias constitucionais (entre nós, especialmente aquela do inc. XXXV do art. 5º da CF) e com a tutela dos direitos em estado de periclitación.

O saudoso professor Ovídio Baptista da Silva vislumbrou, já no início da década de 70 do século passado, a importância da tutela de urgência. Logo no início da obra “As ações cautelares e o novo processo civil”, o ilustre processualista e amigo dileto constata a ausência, entre nós, de um suporte doutrinário consistente sobre a matéria, presa que estava “a um casuismo despido de qualquer orientação sistemática”. Tal omissão, como observou à época, era estranhável diante da imensa utilidade prática desse tipo de tutela jurisdicional, em decorrência “talvez, da própria crise em que está submerso o mundo moderno e a que, como é compreensível, o direito não pode fugir”⁴⁶. Em seguida, enunciou os fatores que conduziam à inadequação do tradicional processo de conhecimento à tutela do direito material:

⁴⁶ *As ações cautelares e o novo processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 7. A 1ª edição é de 1973.

A chamada revolução tecnológica, muito mais intensamente que a Revolução Industrial do século passado, tem afetado nossa estrutura social, impondo ao homem contemporâneo, não apenas uma rápida transformação de todos os aspectos da vida em sociedade, onde a *mudança* tem sido a característica fundamental; mas, além disso, ameaçando a humanidade com uma verdadeira *mutação* social.

Ora, nesse contexto de perpétuo *devenir*, numa sociedade em permanente *transformação*, onde o *risco*, o medo e o próprio *perigo* estão institucionalizados nas mais diversas formas de convivência social e nas próprias guerras permanentes, (...), é realmente difícil explicar o insuficiente tratamento das *ações de segurança*, pois, como se verá, essa forma de tutela é, precisamente, a maneira pela qual o processo civil responde às exigências de perigo, da periclitación dos bens e interesses jurídicamente protegidos. (...)

A chamada *sociedade de consumo* de nossos dias abandonou, definitivamente, os valores que fizeram a grandeza dos impérios conhecidos na história. As obras duradouras, a preocupação do eterno, o sentido de permanência são, com efeito, valores sociais relevantes. Aqui reinam, absolutos, outros valores.

A transitoriedade e a mudança são os grandes senhores da civilização ocidental contemporânea.

A moda e outros valores estão aí a comprovar essa verdade.

Ora, se o Poder Judiciário está condenado a sucumbir na luta pela superação dos problemas gerados pela própria evolução social, ou, pelo menos, deverá aceitar a permanente inadequação, como uma decorrência inelutável das peculiaridades históricas, tornando-se mais ou menos quiméricas as aspirações de um a justiça célere e eficiente, não há necessidade de outras justificações para demonstrar a atualidade e importância das ações cautelares, que são, precisamente, instrumentos capazes de **aliviar as tensões criadas por este desequilíbrio estrutural, dando aos que procuram a proteção judiciária pelo menos mais segurança, o que, em última instância, é também um fim colimado pela jurisdição comum**.⁴⁷

Pode-se dizer que as ações cautelares contribuíam para a reconstrução do equilíbrio desfeito pelas constantes mutações na sociedade, problema

⁴⁷ Op. cit., pp. 8-9.

impossível de ser equacionado por um processo permeado pelas concepções liberais de *igualdade material* e *manutenção do 'status quo'*. Esse ponto foi realçado, posteriormente, por Luiz Guilherme Marinoni que, ao tratar da tutela antecipada anotou, por diversas vezes, que o esquema clássico do processo civil brasileiro funciona como mecanismo que perpetua a situação do réu em detrimento da premência do direito do autor que tem razão: “Se o autor é prejudicado esperando a coisa julgada material, o réu, que manteve o bem da vida na sua esfera jurídico-patrimonial durante o longo curso do processo, evidentemente, é beneficiado. O processo, portanto, é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem”.⁴⁸

Atentos ao descompasso entre a realidade vigente e a escassez dos instrumentos disponíveis à tutela urgente de direitos, os tribunais pátrios passaram a se valer do poder geral cautelar para conceder as medidas necessárias à minoração dos prejuízos sofridos pelo autor em razão da demora do desfecho desse processo.

Nesse contexto, as medidas acautelatórias refletiram os próprios desígnios do Estado Social, ao restabelecer, no plano processual, o equilíbrio que os novos direitos, pautados na dignidade social, buscavam restabelecer no plano do direito material.⁴⁹

Logo cedo, porém, constatou-se a *insuficiência de medidas meramente assecuratórias* do resultado do processo para a consecução desse reequilíbrio; novamente, o professor Ovídio Baptista da Silva foi precursor na defesa da criação de um mecanismo que possibilitasse a realizabilidade prática do direito material sem a necessidade de se aguardar o desfecho final do processo⁵⁰ de conhecimento e o trânsito em julgado da sentença.

A possibilidade de tal realização não era, como já se ressaltou, estranha ao nosso ordenamento, que chegou a prever a concessão de liminares satisfativas em ação popular e em mandado de segurança, além de algumas

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2002, pp. 17-18.

⁴⁹ A utilização das tutelas de urgência como fator de equilíbrio e igualdade material foi colocada em relevo por EDUARDO ARRUDA ALVIM, em estudo a propósito da Antecipação de Tutela (**Antecipação da Tutela**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 32), onde é citada, em sentido convergente, a obra de NELSON LUIZ PINTO (A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de economia processual. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 105, p. 59, 2002).

⁵⁰ Até então falava-se em “processo” e conhecimento, em lugar de “fase” de conhecimento, pois a estrutura sincrética apenas foi retomada a partir da vigência da Lei 11.232/2005.

medidas cautelares típicas que, em verdade, constituíam verdadeira tutela *satisfativa, irreversível* no plano material e *autônoma* em relação à necessidade de um processo principal⁵¹.

Daí que a evolução jurisprudencial, na linha do que se enunciou quanto aos novos moldes da atuação do juiz na consecução dos novos direitos, não tardou a conceder aos jurisdicionados medidas assecuratórias do próprio **direito material** que, embora revogáveis, eram **irreversíveis no plano prático**, de modo que eventual reversão da decisão liminar somente poderia ser resolvida em perdas e danos, a serem objeto de ação indenizatória posterior. Na esteira dessa situação, vieram a abundar a concessão de provimentos de urgência destinados a resguardar os direitos à vida e à saúde, cuja conotação social autorizava ampla proteção pela jurisprudência, independentemente da existência de norma expressa que autorizasse a antecipação dos efeitos da decisão final.⁵²

⁵¹ A ausência de cautelaridade de algumas das medidas provisionais previstas no art. 888 do CPC não escapou da argúcia de Ovídio Batista da Silva, que ponderou, acerca do inc. VIII, que a interdição e a demolição possuíam caráter satisfativo, que demandava apreciação do mérito e independia do ajuizamento de ação principal (p. 242-243).

⁵² Veja-se, exemplificativamente, a atuação jurisprudencial **antes da vigência da Lei 8.952/94**: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO BANCO CENTRAL. DESBLOQUEIO DE CRUZADOS. PERICULUM IN MORA. CONFIGURAÇÃO. ARTS. 5., CAPUT, 6., 196 E 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...) II. A medida cautelar deve cingir-se a assegurar a garantia da eficácia do processo principal, assumindo, indevidamente, caráter satisfativo quando utilizada para antecipar o resultado da prestação jurisdicional que será objeto de exame e debate profundo na ação ordinária que lhe seguirá. III. Caso, todavia, em que o precário estado de saúde da parte postulante torna o *periculum in mora* irreparável, sendo de se afastar, conseqüentemente, a norma procedimental impeditiva da imediata eficácia da sentença monocrática em favor dos direitos fundamentais protegidos nos arts. 5., caput, 6., 196 e 226 da Carta da República. IV. Apelação e remessa oficial improvidas. Ação cautelar procedente”. (TRF – 1; AC 9201218494; 1ª T.; j. 21/10/1992; DJ 01/03/1993; Rel. Juiz Aldir Passarinho Jr.); “MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. BLOQUEIO DE CRUZADOS NOVOS. MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO. SITUAÇÃO ESPECIAL. I. Afasta-se a aplicabilidade da norma da Lei 8076/90 quando a medida liminar que determinou o desbloqueio dos cruzados novos se fulcra em motivos relacionados com tratamento da saúde própria ou de familiar. II. Constituição Federal: arts. 5 caput, 6, 196 e 226. III. Mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a agravo de instrumento que se denega. (MS 90.01.16761-6/DF, 1 Seção, maioria, Rel. o Sr. Juiz Jirair Aram Meguerian, entre outros). Segurança denegada, na esteira dos precedentes da Seção.” (TRF – 1ª Região; 1ª Seção; MS 9001174302; j. 24/02/1992; DJ DATA:06/04/1992; Rel. Juiz Hércules Quasímodo). “Agravo Regimental. Mandado de Segurança contra ato jurisdicional. Liminar concedida em medida cautelar. Fornecimento de medicamento a doente com risco de vida. Em tese, se constitui em dever do Estado o fornecimento de medicamento a doente necessitado, correndo sério risco de vida. E, correta a concessão da liminar que assim determinou, inviável a sua cassação via mandamus, por ausência de direito líquido e certo. Agravo desprovido” (TJRS, AI 595004631, Câmara de Férias Cível, Rel. Des. Ramon Georg

Luiz Fux, em defesa da criação de tutelas autônomas para a assecuração do direito material em situações de urgência (“tutela de segurança”) e para a abreviação do procedimento em situações nas quais o direito seja evidente (“tutela da evidência”), enuncia diversos exemplos de provimentos satisfativos⁵³ concedidos mediante liminares ‘disfarçadas de cautelares’: imediata imissão na posse do imóvel pelo locador, diante dos óbices opostos pelo locatário à realização de obras urgentes; a prorrogação de contrato; o levantamento de valores consignados em juízo a determinação de matrícula em universidade; a autorização para viajar; a autorização para realização de cirurgia impedida por um dos pais; a determinação do cumprimento de ordem de entrega de mobília adquirida mediante pagamento antecipado; o levantamento de cruzados retidos; o pagamento em dinheiro de pensões em percentual determinado.⁵⁴ Muitas dessas providências refletiam as prioridades eleitas pelo Estado Social, vez que viabilizam a concreção de valores como a saúde, a habitação, a alimentação e a educação.

Segundo a tese do Ministro Luiz Fux, essas medidas deveriam ser concedidas com base no poder-dever do juiz de solucionar os conflitos intersubjetivos com a celeridade e exatidão demandadas pela situação de direito material, conforme se tratasse de direito em estado de periclitção ou de direito evidente. Em sendo irreversível, no plano empírico, a providência determinada, a questão se resolveria em perdas e danos, e aplicar-se-ia a regra prevista no art. 811 do CPC (referente às medidas cautelares), sem que houvesse necessidade de instauração de um novo processo para esse fim.⁵⁵

A Lei 8.952/1994 adotou uma sistemática diferente, prevendo uma tutela *interina* (=concedida no curso do processo) de antecipação dos

Von Berg, Julgado em 26/01/1995).

⁵³ A alusão à satisfatividade refere-se aqui ao prisma fenomenológico, i.e., da realizabilidade do direito material no plano prático, e não ao prisma normativa, que diz respeito à definitividade da decisão que determina a medida. Cuida-se, dessa forma, de decisões liminares não definitivas, porque podem ser revogadas, mas satisfativas, porque modificam a realidade fática. Essas medidas satisfativas podem ser irreversíveis (ex. autorização para viajar) ou reversíveis (ex. levantamento de valores ou entrega de coisa), em decorrência da possibilidade ou não de retorno das coisas ao *status quo ante*. Daí que a satisfatividade (possibilidade de entrega do direito material e modificação do plano da vida), não guarda relação necessária com a definitividade da decisão que a concede (possibilidade de revogação quando do resultado final do processo) ou com a reversibilidade da providência no plano prático (possibilidade de retorno ao *status quo ante*, exatamente como figuravam as coisas).

⁵⁴ **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 62.

⁵⁵ **Op. cit., passim**.

efeitos do provimento ao final pretendido (art. 273 do CPC) mediante constatação do estado de periclitacão do direito (inciso I) ou do abuso do direito de defesa do réu (inciso II). Num sentido estrito, apenas a primeira modalidade de antecipacão de tutela seria considerada de urgência, pois é justamente o *periculum in mora* que autoriza a concessão da medida; num sentido amplo, porém, a tutela fundada no abuso do direito de defesa reflete o contexto contemporâneo da tutela de direitos, porque evita que a morosidade do processo prejudique o autor que --- provavelmente --- tem razão em detrimento do réu que exerce o direito de defesa de modo abusivo. Ambas as medidas configuram fatores de equilíbrio no processo, exatamente nos moldes da igualdade proporcional e da justiça distributiva enunciada pelo Estado Social.

Pela interpretação literal do art. 273 e § 2º, a tutela antecipatória não poderia ser irreversível do ponto de vista prático, o que conduziria à precipitada conclusão de que somente poderiam ser concedidas providências suscetíveis de desfazimento (retorno ao *status quo ante*). Há, contudo, ocasiões em que, como aponta EDUARDO ARRUDA ALVIM, “a denegação da antecipacão de tutela sob o fundamento de que isso implicaria criar uma situacão irreversível pode gerar situacões de grande iniquidade”.⁵⁶ Em tais hipóteses, anota, o sacrifício ao princípio da bilateralidade de audiência não será apenas provisório, pois os efeitos gerados pela decisão serão irreversíveis. Para equacionar esse ‘conflito insuperável entre a efetividade do processo e a necessidade de respeito ao princípio da bilaridade de audiência’, adota-se o princípio da proporcionalidade, a fim de ponderar a relevância dos bens jurídicos em jogo. Há, nesse sentido, ampla jurisprudência que suporta a opiniao de EDUARDO ARRUDA ALVIM e se encontra aí referida.⁵⁷

À vista de tudo o que já se comentou acerca dos novos valores inseridos pelo Estado Social, é certo que a legislacão não teria evoluído para a previsão da antecipacão de tutela não fosse a maior liberdade de atuação dos tribunais e a possibilidade de interpretação dos textos legais à luz dos princípios extraídos da Constituiçao Federal. E, caso se cogitasse da aplicacão do art. 273, na dicçao que lhe foi conferida pela Lei n.º 8.952/1994, sob a ótica dos valores liberais, certamente não haveria possibilidade de se concederem medidas irreversíveis no plano prático, já que, àquela época, o

⁵⁶ **Antecipacão de Tutela**. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 143-144.

⁵⁷ **Op. cit.**, pp. 150 e 151.

§ 6º do art. 273 não comportaria qualquer margem interpretativa por parte do juiz.

Foi justamente a superação da ideia de segurança amparada no texto legal que permitiu a evolução das tutelas de urgência e a abreviação do processo mediante técnicas de sumarização, como é o caso do julgamento antecipado da parte incontroversa do pedido (§ 6º do art. 273, inserido pela Lei 10.444/2002), que nada mais é que um modo de abreviação do processo que não demanda a urgência em sentido estrito, visto que é dispensado o *periculum in mora*. Trata-se de decisão de mérito, e, o recurso interponível tem desafiado estudos e opiniões, por refugir essa hipótese do § 6º, do art. 273 do sistema do Código de Processo Civil.

O auge da incorporação da prática jurisprudencial pelos textos legais no âmbito das tutelas de urgência consistiu na autorização expressa de aplicação do princípio da fungibilidade às medidas cautelares e antecipatórias, mediante observância dos respectivos requisitos.⁵⁸

E, em matéria de **efetivação** das decisões que encartam tutelas de urgência, foram indispensáveis as modificações gradativas pertinentes à tutela das obrigações de fazer, não fazer (art. 461, com as alterações implementadas pelas Leis 8.952/1994 e 10.444/2002, na linha do que já previa o CDC, art. 84) e de entrega de coisa (art. 461-A, inserido pela Lei 10.444/2002) e, bem assim, à execução provisória das condenações em pecúnia (modificações implementadas pela Lei 11.232/2005, que inseriu o art. 475-O, do CPC). As novas disposições pertinentes à tutela das obrigações *de fazer, não fazer e de entrega de coisa* determinaram a supremacia da tutela *específica* mediante prestações *in natura* em detrimento da resolução em perdas e danos, consagrando, desta forma, o rompimento com o dogma da intangibilidade da vontade humana. Já aquelas que dizem respeito à execução provisória dos julgados flexibilizaram a ideia de que o princípio da segurança jurídica

⁵⁸ Veja-se a jurisprudência indicativa dessa tendência, anterior à inserção do § 7º do art. 273: “Medida cautelar inominada. Mesmo com conteúdo de pretensão de tutela antecipada, é de ser conhecida, em face do princípio da instrumentalidade do processo. Recurso provido”. (TARS (extinto), Apel.Cív. 196176630, 7ª Câm. Cív., Rel. Des. Perciano de Castilhos Bertoluci, j. 27/11/1996); “Instrumentalidade processual e indiferença do “nomen iuris” que se queira emprestar a tutela anteciparia ou a tutela cautelar. Caso em que, todavia, a parte não nega fato afirmado pela ré: a duplicata decorre de fornecimento de mercadoria (compra e venda) e não de prestação de serviços. Ausência, pois, de plausibilidade ou probabilidade de direito, inviabilizando, em qualquer hipótese, a liminar de urgência”. (TJRS, 20ª Câm. Cív., AI 70000786970, Rel. Arminio José Abreu Lima da Rosa, j. 04/04/2000);

estaria situado acima de outros valores jurídicos e da própria efetividade do processo, permitindo a expropriação do patrimônio do devedor antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

O que se verifica, afinal, é uma profunda influência do contexto político, econômico e social no desenvolvimento do que, hoje, se denominam tutelas de urgência, inserindo-se, nesse termo, tanto as medidas que demandam a verificação do *periculum in mora* para sua concessão (medidas cautelares típicas e atípicas, medidas satisfativas autônomas e antecipação de tutela), como aquelas que, em razão da dinamização das relações sociais e da necessidade de se reequilibrar a situação das partes no processo, permitem a abreviação do feito e a antecipação dos efeitos ou do próprio julgamento (é o caso, por exemplo, da tutela antecipada fundada no abuso do direito de defesa e da antecipação do julgamento da parte incontroversa).

Nessa evolução, a função ativa dos órgãos jurisdicionais, iluminada pelas ideias dos mais consagrados juristas, dentre os quais é exemplo singular o Professor Ovídio Baptista da Silva, exerceu um papel determinante, pois antecipou-se aos textos legais para regular situações que não haviam sido previstas exaustivamente, guiando-se pelos objetivos da lei e pela supremacia das normas constitucionais.