

# A VINCULAÇÃO DO JUIZ AO PEDIDO NO PROCESSO CAUTELAR

Marcelo Lima Guerra

O princípio dispositivo é, indiscutivelmente, um dos princípios fundamentais do processo civil, na maioria dos sistemas processuais contemporâneos<sup>(1)</sup>. Sem ignorar a complexidade do tema, mas sem pretender esgotá-lo, especialmente, quanto aos aspectos em que se manifesta o princípio dispositivo, aqui e em outros ordenamentos, parece possível considerar como ponto pacífico que seu núcleo essencial se deixa aprender em pelo menos três regras básicas:

a) subordina-se à iniciativa da parte, a prática de atos processuais (inclusive e especialmente aquele com o qual o processo é iniciado) que impliquem a titularidade (ainda que "in status assertione") de direito subjetivo material ou processual. Assim, entre nós, a instauração do processo é condicionada à iniciativa do legitimado ativo (CPC, art. 2º e 262), a defesa à iniciativa do legitimado passivo, a impugnação das decisões à iniciativa da parte prejudicada, etc. (*Nemo invitus agere cogatur*)<sup>(2)</sup>.

b) é atribuída à vontade da parte<sup>(3)</sup> a determinação do próprio conteúdo da providência judicial a ser preparada pelo processo, no sentido de que, o conteúdo indicado ou solicitado por ela, representa o limite intransponível até onde é possível a providência ser prestada. (*Ne eat iudex ultra vel extra petita partitum*).

c) é atribuída à iniciativa das partes a fixação do quadro fático e do respectivo material probatório sobre o qual se deve basear a providência solicitada (*Iudex iudicet iuxta allegata et probata partium*)<sup>(4)</sup>.

Como é sabido, o aspecto ou manifestação do princípio dispositivo expresso na regra sub "b", é usualmente reconhecido também como "princípio

da congruência" ou "princípio da correspondência". Esse princípio, encarado do ponto de vista do órgão jurisdicional, corresponde à exigência de vinculação do juiz ao pedido da parte, no sentido de o juiz estar autorizado somente a conceder ou negar (no todo ou em parte) a exata providência solicitada, estando impedido de conceder providência superior ("ultra petita") ou diversa ("extra petita") à indicada no pedido<sup>(5)</sup>. Tal princípio encontra expressa e inquestionável posituação, nos arts. 128, 459 e 460 do CPC.

No entanto, o art. 798 do CPC com o qual o legislador processual instituiu, edpressamente, o remédio cautelar atípico no direito brasileiro, ou antes, o sentido literal<sup>(6)</sup> da parte desse dispositivo onde se lê "poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas", parece dispor em sentido contrário à exigência de vinculação do juiz ao pedido, acima referida. Na verdade, apesar de autorizada posição em contrário<sup>(7)</sup>, entendimento predominante é o que enxerga no mencionado art. 798 a atribuição exclusivamente ao juiz da conformação do conteúdo da medida cautelar inominada, quando cabível, inclusive, se for o caso, concedendo providência diversa da que foi solicitada, desde que mais adequada à situação levada a juízo<sup>(8)</sup>.

De outra parte, por mais evidente e imediatamente compreensível que se mostre o sentido deste "fragmento" do art. 798 fixado pela interpretação prevalecente apontada, tal sentido não pode deixar de ser "problematizado), na medida em que torna o referido dispositivo legal contrário àqueles outros indicados, nos quais está expressa a exigência da vinculação do juiz ao pedido. Além disso, ressalte-se que aqueles que sustentam esta interpretação do art. 798 (ou daquela sua parte indicada), o fazem sem a devida demonstração de sua compatibilidade com o sistema.<sup>(9)</sup>

Dessa forma, torna-se necessária uma investigação, como a que ora realiza-se, sobre a vinculação do juiz ao pedido no processo cautelar, especificamente, no sentido de tentar dilucidar as seguintes questões:

a) se a aceitação da interpretação fundada no sentido literal do art. 798 torna, efetivamente, este dispositivo contrário àqueles que impõem a estrita vinculação do juiz ao pedido da parte (CPC, arts. 128, 159 e 460):

b) se, em caso de resposta afirmativa para a questão anterior, é possível solucionar ou tolerar a contradição existente, mantendo-se a interpretação prevalecente, que se atêm ao teor literal do dispositivo, ou será necessário buscar outra interpretação, que "ultrapasse" este teor literal e "corrija" o que, no referido art. 798, possa estar em contradição com a máxima da vinculação.

A resposta à primeira questão parece estar ligada à conhecida distinção entre objeto mediato e imediato do pedido (ou ainda, "facilitatis causae", entre "pedido mediato" e "imediato")<sup>(10)</sup>. Como é sabido, o pedido, na sua acepção técnica de elemento da ação que lhe é dada pela teoria da três identidades<sup>(11)</sup>, precisamente aquele elemento que constitui o mérito do processo, no sistema

brasileiro,<sup>(12)</sup> é tradicionalmente considerado como apresentando dois momentos ou facetas, embora se reconheça que só idealmente elas possam ser isoladas.

O pedido mediato consiste na concreta vantagem, benefício, enfim, o "bem da vida", na clássica expressão, que a parte pretende obter através do processo. Já o pedido imediato, traduz-se na específica providência jurisdicional indicada pela parte idônea a lhe atribuir o bem almejado (e que constitui o pedido mediato, como foi visto)<sup>(13)</sup>.

Muito embora não seja, de forma alguma, nem uniforme nem sistemático o tratamento dispensado na doutrina e na jurisprudência nacionais quanto às categorias das "condições" e dos "elementos" da ação parece ser posto em dúvida a possibilidade de aplicação feita acima, à análise do pedido na ação cautelar<sup>(14)</sup>.

Da mesma forma, afigura-se tranquila a afirmação de que o pedido mediato, na ação cautelar, corresponde sempre e só pode corresponder à eliminação de um "periculum in mora"<sup>(15)</sup>. Tal impõe-se porquê, em decorrência da natureza mesma da tutela cautelar, isto é, de sua função específica e das peculiaridades estruturais que, conseqüentemente, assume o processo cautelar a sumariiedade e a provisoriedade o "bem da vida", a "vantagem" que a tutela cautelar pode oferecer e, ao mesmo tempo, o único benefício que através dela se pode obter é só pode ser a garantia da eficácia de um outro processo, dito principal, precisamente, como é sabido, através da eliminação de determinado "periculum in mora" que esteja pondo em risco a utilidade prática da providência jurisdicional, à preparação da qual se destina o processo<sup>(16)</sup>.

É óbvio que, em face da variabilidade natural, e praticamente infinita, de situações concretas que podem configurar hipótese de "periculum in mora", necessitam ser também bastante diversificadas as respectivas providências cautelares. Por isso, como exclamava CALAMANDREI<sup>(17)</sup>, um sistema cautelar efetivo não pode deixar de conter um remédio cautelar atípico, tal como o que é previsto no art. 798 do CPC, a fim de que se possa abranger um espectro o mais amplo possível de situações. De fato, além das diversas medidas nominadas previstas no CPC, a experiência judiciária brasileira oferece uma imensa variedade de providências inominadas, concedidas com fundamento no art. 798<sup>(18)</sup>.

Dessa forma, percebe-se que, na ação cautelar, pedido mediato é, como já se mencionou, sempre do mesmo tipo, a saber, o requerimento de eliminação de determinado "periculum in mora"<sup>(19)</sup>, e o pedido imediato representa, precisamente, a específica providência cautelar indicada na ação cautelar.

Admitida a validade do que se afirmou acima quanto ao pedido mediato e imediato no processo cautelar, parece legítimo sustentar, em resposta à

primeira questão antes referida, que a interpretação do art. 798, torna-o apenas parcialmente contrário ao princípio estatuído nos arts. 128, 459 e 460 do CPC. De fato, entendendo-se que o art. 798, ao estatuir que "poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas (...)", autoriza o juiz a conceder medida diversa da solicitada, desde que julgue mais adequada do que a indicada pela parte, verifica-se que tal comando suspende a vinculação do juiz apenas quanto ao pedido imediato, ou seja, quanto à providência cautelar a ser adotada concretamente na eliminação do "periculum in mora" existente.

É que, como infere dos próprios termos em que o art. 798 "suspende" a vinculação do juiz ao pedido, verifica-se que isto só ocorre, estreitamente, quanto à escolha dos meios, mas para atingir uma finalidade previamente determinada pelo pedido (mediato) da parte. Por isso, o juiz ainda está vinculado ao pedido, embora apenas quanto ao seu aspecto mediato (finalidade), tanto no sentido de estar limitado ou a conceder ou a negar tutela cautelar, quando solicitada (salvo os casos expressamente admitidos em lei; CPC, art. 797), dirigida, tão somente, a eliminar determinado "periculum in mora", como no sentido de que para a configuração do "periculum in mora" a ser eliminado, o juiz deve se ater à situação exposta pelo requerente.

Dessa forma, é possível concluir que entre o art. 798 e os arts. 128 e 460 do CPC, há, de fato, uma contradição, que caracteriza uma antinomia jurídica, embora apenas parcial. Que a contradição entre essas normas configura uma antinomia, compreende-se porque, segundo a interpretação predominante, no processo cautelar, o juiz se encontra, em tese, num dilema consistente em estar proibido de conceder medida diversa da indicada pela parte como objeto imediato do pedido por ela formulado, em virtude dos arts. 128 e 460 do CPC e, simultaneamente, estar autorizado a fazê-lo, sempre que verificar a inadequação da medida solicitada pela parte, em razão do disposto no art. 798 do CPC<sup>(20)</sup>, que, por outro lado, tal conflito seja parcial, entende-se porque, quanto ao objeto mediato do pedido, não se configura a antinomia apontada, uma vez que, como se viu, o juiz continua vedado a conceder, através da medida por ele conformada, algo diverso daquilo que corresponde ao objeto mediato constante do pedido na ação cautelar, a saber, a garantia da eficácia de outra providência jurisdicional<sup>(21)</sup>.

Quanto à segunda questão, tendo em vista e resposta dada à primeira, parece que o conflito parcial evidenciado acima, pode ser solucionado, ou pelo menos tolerado, com apoio em três pontos.

1.) Em primeiro lugar, verifica-se que à espécie aplica-se aquele critério de solução de antinomias desenvolvido pela doutrina, segundo o qual "lex specialis, derogat lex generalis"<sup>(22)</sup>. Como é sabido, de acordo com tal critério, tratando-se de normas do mesmo nível hierárquico, o conflito verificado entre elas pode ser solucionado, se se constatar que uma das normas dispõe em sentido contrário à outra (ou outras), mas para um campo de incidência mais

estreito. É fácil perceber, portanto, a aplicabilidade desse critério ao conflito parcial ora enfocado, uma vez que ambas as normas situam-se no mesmo patamar hierárquico e a autorização do art. 798 tem um campo de incidência duplamente mais restrito do que o do princípio da vinculação do juiz ao pedido, positivado nos já citados arts. 128, 459 e 460 do CPC, uma vez que o art. 798 aplica-se apenas ao processo cautelar e suspende a vinculação do juiz apenas quanto ao pedido imediato<sup>(23)</sup>.

2.) Por outro lado, repita-se que as providências cautelares não se destinam, direta e imediatamente, a tutelar direitos subjetivos, mas sim a possibilidade de tutelá-los de forma efetiva através da respectiva providência jurisdicional, afastando o "periculum in mora" que estiver pondo em risco aquela possibilidade<sup>(24)</sup>. Daí que, através do processo cautelar não se possa obter mudanças na "situação jurídica" (substancial) dos que são atingidos pela providência cautelar correspondente, no sentido da providência cautelar não ser idônea à aquisição, modificação ou extinção de direitos.

Da mesma forma, esta precisa delimitação funcional do processo cautelar, se expressa também na sua característica estrutural, consistente em que a concessão da medida cautelar não pressupõe, nem pode pressupor, a certeza quanto à existência de direitos e/ou obrigações: é suficiente, para tanto, a probabilidade de que determinada situação subjetiva venha a ser tutelada através da providência ujurisdicional correspondente ("fumus boni iuris")<sup>(25)</sup>.

De qualquer maneira, verifica-se uma relativa independência e não interferência do processo cautelar quanto aos direitos subjetivos, que justifica um tratamento diverso, por parte do legislador processual, no sentido de limitar, nesta área do processo civil, a disponibilidade do processo pelas partes, especificamente, repita-se, quanto ao que diz respeito ao objeto imediato do pedido. Dessa forma, não parece subsistir, quanto ao processo cautelar, o tradicional fundamento do princípio dispositivo e, conseqüentemente, daquele seu aspecto ora enfocado, a saber, a vinculação do juiz ao pedido, segundo o qual impõe-se a "disponibilidade" do processo pelas partes (nos termos indicados supra, pp. 1 e 2), como uma "consequência natural" da disponibilidade que o ordenamento jurídico atribui à maior parte dos direitos subjetivos tuteláveis através do processo civil<sup>(26)</sup>.

3.) Finalmente, a apontada "instrumentalidade" da providência cautelar, traduzida no seu direcionamento necessário à garantia da eficácia de outra providência jurisdicional, revela, plenamente, o predomínio de interesses de ordem pública no processo cautelar. De fato, a sua função específica está manifestamente associada à garantia da "correta administração de justiça", mais que à tutela de interesses particulares, como já se procurou tornar evidente<sup>(27)</sup>.

Nesse sentido, pode-se até reconhecer um certo parentesco do processo cautelar com aquelas "áreas" do processo civil, onde, precisamente pela maior incidência do interesse público, o princípio dispositivo é, já de forma tranquila, excepcionado. Por mais esta razão, portanto, justifica-se a exceção já caracterizada, que o art. 798 cria, quanto ao processo cautelar, à vinculação do juiz ao pedido.<sup>(28)</sup>

As considerações realizadas até agora, parecem justificar suficientemente a interpretação que vem predominando quanto ao art. 798 do CPC, segundo a qual, cabe ao juiz a conformação do conteúdo da medida cautelar cabível no caso concreto, tendo assim demonstrado, as precedentes considerações, que tal interpretação torna o referido dispositivo legal apenas parcialmente (repita-se, quanto ao pedido imediato) conflitante com a exigência de vinculação do juiz ao pedido, prevista nos arts. 128, 459 e 460 do CPC, e ainda que esse conflito pode ser solucionado ou tolerado, em face dos referidos critérios fornecidos pela doutrina e pelo próprio ordenamento jurídico.

#### NOTAS

01.) Sobre o princípio dispositivo, cf. infra bibliografia citada à nota 5. Quanto ao conceito de "princípios fundamentais do processo civil", cf. R. W. MILLAR, *Los Principios Formativos del Procedimiento Civil*, pp. 43 e ss.; COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, pp. 181 e 182; GRINOVER, *Os Principios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, pp. 23 e 24; REDENTI, *Derecho Procesal Civil*, t. I, p. 43; CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, t. I, p. 53.

02.) Podem também ser considerados como "concretizações" ainda deste aspecto do princípio dispositivo, o "ônus da impugnação específica" (CPC, arts. 302 e 319) e o "ônus do pedido específico" (CPC, art. 294). Nesse sentido, GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, p. 82.

03.) Na verdade, só do autor, ou seja, é só a iniciativa da parte que, ajuizando ação, formula pedido, como resultará mais claro adiante. Entretanto, tendo em vista o sentido técnico restrito que têm as diversas denominações usadas para designar as partes no processo (e.g. "autor e réu", credor e devedor, etc.) e a possibilidade da parte passiva formular pedido (propor ação), no mesmo processo em que figura como tal (e.g., reconvenção, ação declaratória incidental, etc.). preferiu-se utilizar, nesse trabalho, a expressão parte.

04.) Sobre o aspecto do princípio dispositivo expresso nessa regra e as limitações que lhe são impostas no direito brasileiro, cf., ARRUDA ALVIM, *Comentários ao CPC*, v. 5, pp. 223/224.

05.) Convém que se leve em consideração que, embora os resultados obtidos sejam convergentes, há muita diversidade terminológica e/ou classificatória entre os autores que tratam do tema.

Na doutrina italiana, é tradicional a distinção entre a atribuição à iniciativa da parte da instauração do processo "princípio della domanda" e a atribuição à iniciativa da parte da escolha do material fático-probatório, à qual se reserva a expressão "princípio dispositivo", enquanto que a exigência de vinculação do juiz ao pedido, identificado como "princípio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato", é considerado uma aplicação direta do "princípio della domanda". Cf., LIEBMAN, *Fondamento del Principio Dispositivo*, in *Problemi del Processo Civile*, p. 4; CHIOVENDA, *Principi di Diritto Processuale Civile*, pp. 723 e ss.

Na doutrina alemã existe semelhante distinção, sendo que lá o "princípio della domanda" e o da "corrispondenza" é que são denominados "dispositionprinzip" ou "Dispositionmaxime", enquanto que o "princípio dispositivo" da doutrina italiana, corresponde à "Verhandlungsmaxime" (cf. LENT, *Diritto Processuale Civile Tedesco*, pp. 87 e ss.; R.W. MILLAR, *op. cit.*, pp. 64 e ss. e bibliografia ai cit.). Há, no entanto, tendência a considerar idênticos o "Dispositionprinzip" e a "Verhandlungsmaxime" (cf. MILLAR, *op. cit.*, p. 65, nota (I) [n. da trad.], GOLDSCHIMIDT, *op. cit.*, pp. 82 e ss.; SCHONKE, *Derecho Procesal Civil*, pp. 31 e ss.

Na doutrina nacional, considera-se o princípio dispositivo de forma abrangente, como indicado no texto, e o "princípio da congruência" ou da "adstrição do juiz ao pedido" como um aspecto ou subprincípio do princípio dispositivo; cf. ARRUDA ALVIM, *Comentários ao CPC*, p. 166; BARBOSA MOREIRA, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 12. Exceção a isto, dando um sentido mais restrito ao princípio dispositivo, GRINOVER/CINTRA e DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, pp. 51 e ss., esp. pp. 57, 60 e 63.

De qualquer modo, tendo em vista que as três diretivas ou pautas apontadas como traduzindo o princípio dispositivo encontram-se expressamente positivadas em mais de um dispositivo do CPC, como já se apontou no texto, parece de reduzida importância a questão quanto a saber se correspondem a princípios autônomos ou aspectos de um único princípio "complexo".

Na perspectiva do presente trabalho, o que importa é identificar claramente no sistema a exigência de vinculação do juiz ao pedido e ter presente que o fundamento de tal exigência reporta-se àquele tradicionalmente apontado para a atribuição da instauração do processo à iniciativa da parte (cf. *infra*). (Não se deve ignorar o quanto LIEBMAN disse sobre a diversa fundamentação da regra que corresponde ao "princípio dispositivo" da doutrina italiana, indicada no texto na alínea "c"; *op. cit.*, pp.).

06.) Sobre o papel do "sentido literal" na interpretação, cf. por todos, KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 385 e ss.

07.) CALMON DE PASSOS, *Comentários ao CPC*, v. x, n. 84.

08.) Nesse sentido, OVIDIO BAPTISTA, *Comentários ao CPC*, pp. 184/185; GFALENO LACRDA, *Comentários ao CPC*, v. VII, t. I, pp.

137 e ss.; HUMBERTOTHEODORO JR. *Comentários ao CPC*, v. V, pp.

339 e ss.; ARRUDA ALVIM/NELSON LUIZ PINTO, *Processo Cautelar - Doutrina e Jurisprudência*, p. 14 e jurisprudência aí citada. O tema é também referido como "fungibilidade das medidas cautelares".

09.) De fato, entre os autores citados nas notas acima, só CALMON DE PASSOS, o único que se afasta da interpretação predominante, levanta a possibilidade de um conflito entre o art. 798 e o princípio dispositivo, para depois negar radicalmente a existência de tal conflito, só que, para tanto, recorrendo a uma interpretação diversa, que ultrapassa o sentido literal do art. 798. Cf. CALMON DE PASSOS, *op. loc. cit.*

10.) CHIOVENDA, *Principii*, cit., pp. 62/63; ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1 - Parte Geal, p. 262; BARBOSA MOREIRA, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 12; C. RANGEL DINAMARCO, *O Conceito de Mérito em Processo Civil*, in, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, pp. 185/186.

11.) Como ensina ARRUDA ALVIM, "na doutrina de países latinos, tradicionalmente, fala-se em teoria das três identidades, para que possam ser identificadas as ações. O Direito brasileiro imediatamente anterior, embora sem texto expresso e o atual (agora explicitamente) também seguiram essa orientação, pois se lê no art. 301, par. 2º (do CPC), "in verbis": Uma ação é idêntica à outra, quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido" (*Manual de Direito Processual Civil*, cit., p. 259). Cf. *ib.* CHIOVENDA, *op. loc. cit.*; DINAMARCO, *op. loc. cit.*

12.) No Direito brasileiro, o mérito do processo corresponde (ou é fixado) ao pedido do autor. Cf., ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, cit., p. 258; *Id.* *Comentários ao CPC*, v. III, p. 116; DINAMARCO, *op. cit.*, pp. 186, 203 e 218. O mesmo vale para o direito alemão, como mostram os autores citados, com a particularidade de que ao pedido corresponde tecnicamente "Anspruch", traduzida usualmente por pretensão e ao mérito corresponde "Streitgegenstand", traduzido literalmente por objeto litigioso. Cf. KARL H. SCHWAB, *El Objeto Litigioso en el Processo Civil*, esp. pp. 6 e 241 e ss.; ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, cit., pp. 267 e ss.; *Id.*, *Comentários ao CPC*, v. III, p. 116; DINAMARCO, *op. cit.*, pp. 213 e ss.

13.) Cf. *supra*, bibliografia *ct.* à nota 10.

14.) O ponto específico sobre o qual divergem os autores, diz respeito à caracterização dos tradicionais requisitos "periculum in mora" e "fumus boni

iuris", como "condições da ação cautelar" ou como integrantes do mérito do processo cautelar (e, portanto, ligados aos elementos da ação cautelar). Compare, por exemplo, as posições de HUMBERTO THEODORO JR., *Processo Cautelar*, p. 71; GALENO LACERDA, *op. cit.*, pp. 292 e ss.; PESTANA DE AGUIAR, *Síntese Informativa do Processo Cautelar*, in, RF/246, p. 202; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *A Tutela Judicial na Segurança*, in RT/643, pp. 31 a 33.

15) Quanto à precisa caracterização do "periculum in mora" (especialmente sua distinção da figura do "perigo genérico de dano") e a delimitação da função específica das providências cautelares a partir daquela caracterização, cf. CALAMANDREI, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, pp. 40 e ss., esp. p. 42.

16.) É unânime a doutrina acerca do reconhecimento de que o escopo da tutela cautelar consiste, de forma imediata, na garantia da eficácia de uma providência jurisdicional ameaçada por um concreto "periculum in mora", e não na tutela de direitos subjetivos, pois para tanto não é, em nenhuma circunstância, idônea.

Cf., na doutrina nacional, GALENO LACERDA, *Comentários ao CPC*, cit., pp. 45 e ass., esp. p. 46; CALMON DE PASSOS, *Comentários ao CPC*, cit., p. 62 e pp. 64 e ss.; HUMBERTO THEODORO JR., *Comentários ao CPC*, cit., pp. 47 e ss.; RONALDO CUNHA CAMPOS, *Introdução ao Estudo do Processo Cautelar*, in *Estudos de Direito Processual*, pp. 126 e ss.; ARRUDA ALVIM e NELSON LUIZ PINTO, *Processo Cautelaqr*, ct., p. 10.

Na doutrina estrangeira, cf., CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 44; CARNELUTTI, *Derecho y Proceso* pp. 414/415; MICHELI, *Derecho Procesal Civil*, p. 78; UGO ROCCO, *Tratado de Drecho Procesal Civil*, v. V, p. 78; ARIETA, *I Provvedimenti d'Urgenza* ex art. 700 CPC, pp. 40 e ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla Tutela Cautelare*, in *Rivista di Diritto Civile*, p. 113; FAIREN GUILLEN, *Temas del Ordenamiento Procesal*, v. II, p. 899; A. GELSI BIDART, *Tutela Procesal "Diferenciada"*, in REPRO/44, p. 101.

17.) CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 142.

18.) Cf. ampla exemplificação em OVIDIO B. DA SILVA, *Comentários ao CPC*, cit., pp. 132 e ss.

19.) "No processo cautelar, o interesse resulta da necessidade de segurança para a garantia do resultado útil do processo principal. Nesta perspectiva e neste plano, tal interesse se reveste de caráter meramente processual, caráter genérico e permanente em todas as medidas cautelares" (GALENO LACERDA, *Comentários ap CPC. cit.*, p. 55, grifou-se).

Idêntico ensinamento encontra-se na afirmação de CALAMANDREI, ao tratar de distinguir as providências cautelares de outras semelhantes, segundo

a qual "Para comprender esta diferencia es preciso elevar-se a lo que constituye el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares: este interés surge siempre de la existencia de un peligro de dano jurídico, derivado del retardo de una providência jurisdiccional definitiva ("periculum in mora)" (op. cit., p. 40, grifou-se).

Cf. ainda, OVÍDIO BAPTISTA, Comentários ao CPC, pp. 126/127 e 185.

20.) Sobre a antinomia jurídica, sua identificação e os critérios de solução atualmente aplicáveis, cf., BOBBIO, Teoria dell Ordinamento Giuridico, cap. III, esp. pp. 82 e ss.; Id., Sobre los Crítérios para Resolver las Antinomias, in Contribucion a la Teoria del Derecho, p. 349 e ss; TERCIO S. FERRAZ JR., Introdução ao Estudo ao Direito, pp. 184 e ss.; MARIA HELENA DINIZ, Conflito de Normas.

Deve ser observado, quanto ao modo como se expôs os termos da antinomia, que não se trata de uma autorização, no sentido próprio do termo, como se ficasse "à critério" do juiz conceder ou não medida diversa, quando mais adequada, o que forçaria a enquadramento da antinomia apontada no terceiro dos casos de antinomia contemplados por ROBBIO, a saber, "tra una norma che proibisce di fare e una che permette di fare" (Teoria dell Ordinamento Giuridico, p. 87, grifo no original).

E que, o juiz está, na verdade, obrigado a fazê-lo, se for justificada tal interpretação, pois tal poder atribuído ao juiz é revestido de um dever de exercê-lo, nas hipóteses legalmente previstas. Como ensina EROS GRAU, "A noção de poder, contudo, na esfera estatal, compõe-se no conceito de função pública. E toda função pública – não apenas a função administrativa – é expressão de um poder-dever (ou dever-poder, como enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello)" (Poder Discricionário, in Revista de Direito Público/93, p. 41, grifo no original).

Assim, a antinomia enfocada no texto, deve ser compreendida como configurando um exemplo do primeiro caso dos que BOBBIO admite para as antinomias jurídicas, a saber, "tra una norma che comanda di fare alcunchè e una norma che proibisce di farlo" (op. loc. cit., grifo no original).

21.) Rigorosamente, tal antinomia classifica-se, quanto à extensão, em total-parcial, em razão do que se disse no texto. Sobre essa classificação, cf. ROSS, Sobre el Decho y la Justicia, pp. 124/125; BOBBIO, Teoria dell' Ordinamento Giuridico, pp. 90 e ss.; TERCIO S. FERRAZ JR., op. cit., p. 192. Observa ainda BOBBIO que "La situazione antinomica, creata dal rapporto tra una legge generale e una speciale, è quella che corrisponde al tipo di antinomia totale-parziale" (op. cit., p. 101).

22.) Cf. BOBBIO, op. cit., pp. 100 e ss.; Id., Sobre los Crítérios para Resolver las Antinomias, cit., p. 358; TERCIO S.FERRAZ JR., Introdução ao Estudo do Direito, cit., p. 192.

Convém observar que, na lição do justifilósofo italiano, "Il passaggio da una regola derogatoria meno estesa (che abbraccia un certo genus) ad una regola derogatoria meno estesa (che abbraccia una species del genus) corrisponde ad una fondamentale esigenza di giustizia, intesa come egual trattamento delle persone che appartengono alla stessa categoria" (BOBBIO, Teoría dell Ordinamento Giuridico, p. 100).

O critério da especialidade encontra positivação no direito brasileiro, no par. 2º, da LICC. Cf. WILSON S. C. BATALHA, Lei de Introdução ao Código Civil, v. I, pp. 122 e ss.

23.) E interessante lembrar que, tendo em vista os critérios de solução, as antinomias se classificam em aparentes, quando pode ser solucionada por algum desses critérios, e reais quando, pelo contrário não há critério aplicável (ou é possível aplicar mais de um deles, com resultados conflitantes). Cf., ROBBIO, op. cit., pp. 95/96.

24.) Cf., supra, nota ( )

25.) Quanto ao "fumus boni iuris", cf.,

26.) Observa COUTURE que "Este princípio se apoya sobre la suposición, absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares" (op. cit., p. 186).

No mesmo sentido, ensina LIEBMAN que "riportano il principio della domanda al potee esclusivo del titolare di disporre della tutela giurisdizionale del diritto soggettivo, intendendolo quindi come un riflesso necessario di strutture tipiche fondamentali dell'ordinamento giuridico, così come è oggi costituito", e acrescenta, em nota de rodapé, que "su questo punto la dottrina può dirsi pacifica" (op. cit., p. 6).

27.) Leciona CALAMANDREI que "s necesario, finalmente, poner de relieve, como conclusión de este trabajo, que el carácter de instrumentalidad que las providencias cautelares revisten siempre en relación a otra providencia principal la eficacia de la cual garantizan preventivamente, hace aparecer en ellas, de una manera preeminente y casi diría exacerbada, más que en todas las otras categorías de providencias jurisdiccionales, la finalidad publicística de su función.

Las providencias cautelares, como ya se observó, están dirigidas, más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y, por decir así, la seriedad de la función jurisdiccional" (op. cit., p. 140).

E arremata, o mestre italiano, afirmando que "la conservación de los medios idóneos a asegurar la eficacia práctica de las providencias judiciales se siente por el Estado como una exigencia de orden público referente al buen funcionamiento de la jurisdicción" (op. cit., p. 142).

28.) A Jurisdição Voluntária representa, como é amplamente sabido o exemplo paradigmático do campo onde, no processo civil, o princípio dispositivo não vigora plenamente. Cf., por todos, ARRUDA ALVIM, Tratado de Direito Civil, pp., 239 e ss.