

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

DANIEL BRAJAL VEIGA

**O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA:
UMA VISÃO CONSTITUCIONAL**

MESTRADO EM DIREITO
SUB-ÁREA DIREITO PROCESSUAL CIVIL

São Paulo/SP

2014

DANIEL BRAJAL VEIGA

**O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA:
UMA VISÃO CONSTITUCIONAL**

MESTRADO EM DIREITO
SUB-ÁREA DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Cassio Scarpinella Bueno.

São Paulo/SP

2014

Banca Examinadora

À Patrícia, minha fonte de inspiração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Cassio Scarpinella Bueno,
pelo incentivo e valiosa orientação, sem os quais
este trabalho não seria possível.

Agradeço, também, ao amigo Xavier Torres Vouga,
pela cuidadosa revisão e indispensável
análise crítica.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo a análise do instituto do chamado *poder geral de cautela*, previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil. A justificativa deste estudo deve-se ao fato de que, nem sempre, o dever-poder geral de cautela é plenamente compreendido de acordo com todos os seus aspectos constitucionais.

As hipóteses analisadas referem-se à utilização do dever-poder geral de cautela pelos juízes e à sua aplicação envolvendo interesses plausíveis e urgentes.

O método utilizado para este estudo consistiu na análise e pesquisa da legislação, da doutrina (nacional e estrangeira) e da jurisprudência.

As conclusões obtidas demonstram que o dever-poder geral de cautela desempenha a função de uma norma de fechamento do sistema, além de ser um instrumento ínsito ao exercício da jurisdição.

Palavras-chave: poder geral de cautela, tutela cautelar, ação cautelar, processo cautelar, medida cautelar, norma de fechamento do sistema, jurisdição.

ABSTRACT

The aim of this research is to analyze the legal institute called “*poder geral de cautela*” or, in an attempt to translate the term, the “general power of injunction”, which is provided in the article 798 of Brazilian Code of Civil Procedure. The reason for this research is due to the fact that, not very often, the “general power of injunction” is not fully understood according to all its constitutional aspects.

The hypotheses analyzed refer to the use of the “general power of injunction” by the judges, as well as its enforcement over plausible and urgent legal interests.

The method chosen to the present study consist of analysis and research of the legislation, the legal doctrine (national and international) and the Court’s decisions.

The conclusions obtained show that the “general power of injunction” does the function of a “filling rule” of the legal system, besides being an instrument inherent of the jurisdiction’s use.

Keywords: general power of injunction, writ of prevention; court action; precautionary action provisional remedy, preliminary injunction, filling rule of the legal system, jurisdiction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO PROCESSUAL CIVIL E A EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	15
2.1 A ADEQUADA LEITURA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	15
2.1.1 A Filtragem Constitucional do Direito Processual Civil.....	16
2.1.2 A Tutela Jurisdicional como Eixo Metodológico do Direito Processual Civil.....	19
2.2 AÇÃO, PROCESSO OU TUTELA CAUTELAR?.....	22
2.3 O “DEVER-PODER” COMO UMA OPÇÃO METODOLÓGICA CONSCIENTE.....	24
2.4 ALGUNS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL.....	26
2.4.1 O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.....	26
2.4.2 O Princípio do Devido Processo Legal.....	29
2.4.3 O Princípio do Contraditório.....	32
2.4.4 O Princípio da Ampla Defesa.....	35
2.4.5 O Princípio do Juiz Natural.....	36
2.4.6 O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.....	38
2.4.7 O Princípio da Isonomia.....	39
2.4.8 O Princípio da Publicidade.....	41
2.4.9 O Princípio da Motivação.....	42
2.4.10 O Princípio da Razoável Duração do Processo e os Meios que Garantem a Celeridade Processual.....	45
2.4.11 O Princípio da Efetividade do Processo.....	49
2.5 DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA: TÉCNICA A FAVOR DA EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	53
3 A TUTELA CAUTELAR NO DIREITO COMPARADO.....	57
3.1 EM PORTUGAL.....	57
3.2 NA ESPANHA.....	59
3.3 NA ITÁLIA.....	62
3.4 NA ALEMANHA.....	64
3.5 NO CHILE.....	65

3.6 NA ARGENTINA.....	67
4 A TUTELA CAUTELAR.....	71
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	71
4.2 ORIGEM.....	74
4.3 CONCEITO.....	77
4.4 CLASSIFICAÇÃO DAS TUTELAS CAUTELARES.....	81
4.4.1 Quanto à Tipicidade da Tutela Cautelar.....	81
4.4.2 Quanto ao Momento de Concessão.....	82
4.4.3 Quanto ao Objeto da Tutela Cautelar.....	83
4.4.4 Quanto à Produção de Efeitos.....	84
4.5 AS CONDIÇÕES DA CHAMADA “AÇÃO CAUTELAR”	84
4.6. O MÉRITO DA CHAMADA “AÇÃO CAUTELAR”.....	87
4.7 O <i>FUMUS BONI IURIS</i>	89
4.8 O <i>PERICULUM IN MORA</i>	90
4.9 A FUNÇÃO DA TUTELA CAUTELAR.....	93
4.10 CARATERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR.....	93
4.10.1 Instrumentabilidade.....	93
4.10.2 Provisoriedade.....	95
4.10.3 Revogabilidade.....	98
4.10.4 Preventividade.....	99
4.10.5 Fungibilidade.....	100
4.10.6 Referibilidade.....	102
4.10.7 Autonomia.....	104
4.11. A RELAÇÃO DA TUTELA CAUTELAR COM O DIREITO MATERIAL.....	107
4.12 A COGNIÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DAS TUTELAS CAUTELARES.....	108
4.13 DURAÇÃO DA TUTELA CAUTELAR.....	111
4.14 REVOGAÇÃO OU MODIFICAÇÃO DA TUTELA CAUTELAR.....	114
4.15 CESSAÇÃO DA TUTELA CAUTELAR.....	114
4.16 COISA JULGADA MATERIAL.....	116
4.17 O CUMPRIMENTO DA TUTELA CAUTELAR.....	117
4.18 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO REQUERENTE.....	118

4.19 TUTELA CAUTELAR E O PODER PÚBLICO.....	120
4.20 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA.....	125
5 O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA.....	131
5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	131
5.2 CONCEITO.....	134
5.3 FUNDAMENTOS DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA.....	134
5.4 O CONTEÚDO DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA.....	135
5.5 O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL..	138
5.6 O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA E AS CAUTELARES TÍPICAS.....	142
5.7 ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO MAGISTRADO.....	146
5.8 MOMENTOS DO EXERCÍCIO DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA.....	149
5.9 COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO JURISDICIONAL PARA O EXERCÍCIO DO DEVER- PODER GERAL DE CAUTELA.....	150
5.10 A EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES CONCESSIVAS DO EXERCÍCIO DO DEVER- PODER GERAL DE CAUTELA.....	152
5.11 A INSTRUMENTALIDADE DIFERENCIADA DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA.....	154
5.12 LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA.....	155
5.13 O DANO MARGINAL.....	157
5.14 A COGNIÇÃO DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA.....	159
5.15 DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA – TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA.....	161
5.16 MEDIDAS SATISFATIVAS OU ANTECIPATÓRIAS DECORRENTES DO DEVER- PODER GERAL DE CAUTELA.....	164
5.17 RESPONSABILIDADE DECORRENTE DO EXERCÍCIO DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA.....	167
5.18 O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA EM SEDE RECURSAL.....	168
6 CONCLUSÃO – O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA COMO UM INSTRUMENTO ESSENCIAL AO PLENO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO.....	173
6.1 O CARÁTER PUBLICISTA DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA.....	173
6.2 UMA NORMA DE FECHAMENTO DO SISTEMA.....	174

6.3 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL VIA DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA.....	177
6.4 O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA COMO MEDIDA DE POLÍCIA JUDICIÁRIA	178
6.5 O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA COMO INSTRUMENTO ESSENCIAL AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO.....	181
6.6 O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA É MAIS DO QUE UMA CAUTELAR INOMINADA.....	184
7 BIBLIOGRAFIA.....	187

1 INTRODUÇÃO

Despertou-me o interesse em escrever sobre o dever-poder geral de cautela quando, por ocasião das aulas do Professor Cassio Scarpinella Bueno, no curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, deparei-me com a afirmação de Calamandrei, no sentido de que esse instituto poderia ser comparado ao *contempt of Court* do direito anglo-americano – instrumento destinado a compelir ou sancionar aquele que descumpre as ordens das Cortes de Justiça da *Common Law* – para salvaguardar o *imperium judicis*.

Após aquela aula, não resisti à curiosidade e resolvi fazer uma breve incursão a respeito do *contempt of Court*, quando, então, notei que o poder-geral de cautela continha algo a mais do que uma tutela cautelar nominada, em contraposição às tutelas cautelares nominadas.

Apesar da revogação anunciada do regime das tutelas cautelares nominadas nos Projetos do Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010 e PL 8.046/2010), o dever-poder geral de cautela foi mantido, o que apenas aguçou meu interesse pelo tema: se as cautelares típicas serão revogadas e o dever-poder geral de cautela será mantido, de fato, há algo a mais nesse instituto que precisa ser analisado. Foi, então, que decidi escrever sobre o assunto.

Este trabalho está dividido em cinco capítulos. O capítulo primeiro trata de fixar as premissas metodológicas aqui adotadas. A preocupação com a visão constitucional do Direito Processual Civil é constante e o foco na tutela jurisdicional é uma necessidade, sem desmerecer os temas já consagrados (*ação, processo, defesa e jurisdição*). Além disso, foram abordados os princípios constitucionais processuais que, na visão adotada neste trabalho, são os guias para qualquer ensaio sobre esta ciência.

O capítulo segundo trata do direito comparado. A análise dos ordenamentos jurídicos estrangeiros é feita com base nas tutelas de urgência previstas em cada um dos países considerados.

O capítulo terceiro se ocupa da teoria geral da tutela cautelar. Não havia como ingressar no objeto deste trabalho sem, antes, passar pela teoria geral das cautelares, o que, aliás, serve de ponte para o capítulo quarto, que trata do dever-poder geral de cautela.

O capítulo quinto encerra o que se encontrou no aprofundamento deste estudo, resultando, assim, na conclusão geral de que, de fato, o dever-poder geral de cautela é uma norma de fechamento do sistema e funciona como um instrumento essencial ao exercício da jurisdição.

Não tive a pretensão de criar uma teoria nova sobre um instituto tão antigo; isto nem me caberia. O que me motivou foi, apenas, a vontade de analisar algumas características, nem sempre reveladas, do dever-poder geral de cautela, a fim de contribuir para o seu exercício no limite de sua plenitude, em favor da efetividade da jurisdição.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO PROCESSUAL CIVIL E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

2.1 A ADEQUADA LEITURA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O direito processual civil deixou de ser compreendido como uma categoria científica isolada das demais áreas do direito. É evidente que esta ciência não se confunde com o direito material. No entanto, é inegável que o direito processual civil é alimentado pelo direito material, cujas regras, caso não obedecidas espontaneamente, são cumpridas através da aplicação do processo civil.

De acordo com Cassio Scarpinella Bueno, a relação entre os planos material e processual é uma relação de *conteúdo* e *continente*, pois “o direito material é *veiculado* pelo direito processual civil para o Estado-juiz, para que as relações por eles regidas sejam adequadamente compostas e realizadas.”¹

O direito processual civil não vale por si só, como se fosse uma disciplina estanque, sem comunicação com as demais disciplinas jurídicas. Calmon de Passos observa que “o processo é um bem meio. Ele existe *para* e não por si mesmo, porque seria incompreensível sem o direito material cuja realização procura efetivar”². O direito processual civil não pode ser visto como uma ciência despreocupada com os verdadeiros destinatários das normas jurídicas (as pessoas, as empresas, a sociedade, o Estado, etc.)³.

Para que essas proposições sejam obedecidas, há duas premissas que, constantemente, devem se fazer presentes: o direito processual civil, aliás, como qualquer outra ciência do direito, deve ser visto e compreendido através da Constituição Federal⁴ e o seu foco deve ser a tutela jurisdicional⁵, conforme as considerações seguintes.

¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Bases para um Pensamento Contemporâneo do Direito Processual Civil*. In: Carneiro, Athos Gusmão. Calmon, Petrônio (org.), *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2ª ed. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 379.

² *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. X, Tomo I Arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 36.

³ Mauro Cappelletti e Bryant Garth chegam, inclusive, a sustentar que os juristas precisam reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais. O processo não deveria ser colocado no vácuo. (Acesso à Justiça, Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 12.)

⁴ Cassio Scarpinella Bueno observa que “a parcela do ordenamento jurídico que soberanamente impõe as finalidades a serem atingidas pelo Estado brasileiro é a Constituição Federal. É por isto que tanto os seus *fins* como também a forma de atingi-los, isto é, seus *meios*, têm que ser extraídos, em primeiro plano, daquele corpo normativo. Eis a

2.1.1 A Filtragem Constitucional do Direito Processual Civil

A Constituição Federal é o diploma legal soberano do ordenamento jurídico. As finalidades do Estado estão nela previstas. Tantos os *fins* a serem alcançados pelo ordenamento, quanto os seus *meios* devem dela ser extraídos.

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci observam que “a Constituição Federal é a lei suprema, situada no ponto culminante da hierarquia das fontes de direito, contendo os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária”.⁶

A constitucionalização do direito deve ocupar lugar de maior destaque na interpretação e aplicação da lei. O pensamento jurídico atravessa uma sensível alteração de polo metodológico, que vem sendo chamada de abertura da norma jurídica⁷. De um ordenamento jurídico hermético, em que havia pouco espaço para o intérprete preencher a lei para a sua aplicação, passou-se, gradativamente, a um ordenamento jurídico composto por cláusulas abertas, em que o intérprete deve preencher a lei antes da sua aplicação.

Prova disso é que as “cláusulas abertas” permeiam a maioria dos diplomas legais aprovados nas últimas duas décadas⁸. Por exemplo, o Código Civil, em seu art. 113, determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a *boa-fé* e os usos do lugar de sua celebração; em seu art. 421, determina que o contrato deve respeitar a sua *função social*; no art. 422, estabelece que os contratantes são obrigados a respeitar o *princípio da probidade e boa-fé*

importância de o direito processual civil ser estudado o que pode e deve ser chamado a partir de seu ‘modelo constitucional’, expressão que deve ser compreendida amplamente para compreender todas as diretrizes que, desde a Constituição, influenciam e determinam a compreensão do direito processual civil e de cada um de seus institutos.” (*Bases para um Pensamento Contemporâneo do Direito Processual Civil...*, p. 381)

⁵ A tutela jurisdicional deve ser o eixo metodológico do direito processual civil, distinta de outros temas como a ação, o processo, a defesa e a própria jurisdição. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Bases para um Pensamento Contemporâneo do Direito Processual Civil...* p. 386)

⁶ *Constituição de 1988 e Processo, Regramentos e Garantias Constitucionais do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 01.

⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Bases para um Pensamento Contemporâneo do Direito Processual Civil...* p. 382.

⁸ As normas jurídicas que compõem os ‘Códigos’ da atualidade e o ‘Código de Processo Civil’ em específico são normas que enunciam princípios, são normas construídas mediante a técnica do emprego dos conceitos vagos e indeterminados; são normas, em suma, que pressupõem um diferente e distinto raciocínio judicial, um diferente e distinto método de interpretação e aplicação do direito pela autoridade judicial. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 01, p. 108)

contratual; e no parágrafo único do art. 2035, estipula que nenhuma convenção prevalecerá se contrária a *preceitos de ordem pública*.

A Lei de Falências e Recuperações Judiciais (Lei 11.101/2005), por sua vez, determina, em seu art. 47, que a recuperação judicial tem por objetivo, dentre outros, a preservação da *função social* da empresa.

Estes dispositivos ilustram os exemplos de cláusulas abertas existentes no ordenamento, que devem ser preenchidas por ocasião da aplicação da lei. O que ocorre, por exemplo, se o contrato não for dotado de função social? O que acontece se os contratantes não respeitarem o princípio da probidade e boa-fé contratual? O contrato deve ser declarado nulo? Apenas algumas cláusulas devem ser nulas? Na recuperação judicial da empresa, o que deve ser entendido por função social da empresa? Como atender à preservação desta função social no “processo” de recuperação judicial? Quais providências o juiz pode adotar para preservar este valor?

No âmbito do Código de Processo Civil, temos o art. 461, *caput*, que é exemplo de “cláusula aberta”. Este dispositivo autoriza o magistrado, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, a adotar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação. Neste caso, questiona-se: quais providências podem ser adotadas pelo magistrado? É necessário que essas providências estejam tipificadas em lei? Ou podem ser adotados outros meios, ainda que não tipificados por lei, desde que não violem o ordenamento jurídico?

Na interpretação e aplicação da lei, sobretudo quando há a necessidade de preencher “cláusulas abertas” ou ponderar os mais variados interesses à luz dos princípios que regem o nosso ordenamento legal, a Constituição Federal deve ser o ponto de partida do intérprete, considerando que nela residem os *fins* do Estado brasileiro e os *meios* para alcançá-los, daí envolvendo a tutela dos bens, direitos e obrigações dos brasileiros e estrangeiros residentes no país (*no sentido mais amplo do termo*)^{9, 10}.

⁹ Mabel de los Santos e Petrônio Calmon, analisando as tutelas de urgência, observam que o direito processual civil não pode prescindir da análise de sua vinculação com as garantias constitucionais do processo: “*el estudio de las tutelas de urgencia en el marco del derecho procesal actual no puede prescindir del análisis de su vinculación con las garantías constitucionales del proceso, habida cuenta que la inclusión de estos institutos en las legislaciones procesales actuales radia en la necesidad de suministrar instrumentos legales que permitan la efectiva vigencia de las nuevas garantías constitucionales relativas al proceso, en particular la tutela continua y efectiva. En ese orden cabe puntualizar que el Derecho, en su conjunto, constituye un sistema de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales. En ese contexto, las garantías funcionan como técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por lo tanto,*

Exemplo relevante da tendência do “modelo constitucional” é o Projeto do Senado do novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010), que em seu artigo 1º estabelece expressamente que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil (...)”¹¹.

Ainda que tal artigo não conste da redação final deste diploma, não há razões para se duvidar de que o Código de Processo Civil deve ser interpretado e aplicado a partir da Constituição Federal. Aliás, o artigo em questão seria até desnecessário em razão, justamente, da “força normativa da Constituição”¹².

Por fim, como modelo de interpretação legal, deve ser lembrado o princípio da *interpretação das leis infraconstitucionais conforme a Constituição*. GILMAR MENDES FERREIRA, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET esclarecem que “modernamente, o princípio da *interpretação conforme* passou a consubstanciar também, um mandato de otimização do *querer* constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquele que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se *orienta para a Constituição* ou a que *melhor* corresponde às decisões do constituinte.”¹³

para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” (Informe General sobre Tutelas Urgentes y Cautela Judicial. In: Derecho Procesal Contemporáneo, Tomo I, Santiago: Editorial Juridica de Chile/Puntolex, 2010, p. 365)

¹⁰ Sobre a necessária filtragem constitucional do direito processual civil, Cassio Scarpinella Bueno observa que “o que deve ser posto em relevo é a constatação de que, nos padrões atuais de interpretar e aplicar o direito como um todo – e o direito processual civil em específico –, os mesmo padrões da hermenêutica tradicional, oitocentista, são claramente insuficientes. Eles não conseguem comunicar às normas jurídicas e o seu rico campo de abrangência e as variadas gamas de sua interpretação desejada (e, verdadeiramente, incentivada) desde o plano constitucional. Não há mais espaço para que se analise, na atualidade, o ‘Código de Processo Civil’, como se ainda ele fosse o Código que veio à luz em 1973 e que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1974.” (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. V. 01. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108)

¹¹ O Projeto da Câmara (PL 8.046/10) dispõe apenas que “o processo civil será ordenado e disciplinado conforme as normas deste Código.” De acordo com Cassio Scarpinella Bueno, “o art. 1º do Projeto da Câmara é verdadeiro retrocesso porque dá a falsa impressão de que as ‘normas deste Código’ são bastantes para ordenar e disciplinar o processo civil. Não é verdade porque o contraste de qualquer lei com a Constituição é tarefa insuprimível no ordenamento jurídico nacional da atualidade. Trata-se de consequência inarredável do controle de constitucionalidade que, na sua modalidade *incidental*, pode e deve ser feito por qualquer magistrado em qualquer instância, observado, no âmbito dos tribunais, o art. 97 da CF, fundamento da Súmula Vinculante 10 do STF”. (*Projetos de Novo Código de Processo Civil*, comparados e anotados, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41)

¹² SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Projetos de Novo Código de Processo Civil...*, p. 41.

¹³ *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 120.

O “modelo constitucional” é, pois, a primeira premissa que deve ser adotada para uma adequada leitura do direito processual civil.

2.1.2 A Tutela Jurisdicional como Eixo Metodológico do Direito Processual Civil

Além da sua filtragem constitucional, o Direito Processual Civil deve, como premissa, adotar a tutela jurisdicional como seu eixo metodológico.

Sobre a locução “tutela jurisdicional”, Flávio Luiz Yarshell esclarece que ela se presta a designar o resultado da atividade jurisdicional – assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material – em favor do vencedor. A tutela jurisdicional designa, pois, o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de quem tem razão (e assim exclusivamente), isto é, em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento.^{14, 15}

Calmon de Passos adverte para o fato de que a tutela jurisdicional não se confunde com a atividade jurisdicional. Esta última é um dever-poder a que o Estado está obrigado constitucionalmente e que correspondente à sua contraprestação ao exercício pelo indivíduo, do direito de ação (direito de reclamar a atividade dos tribunais para que se pronunciem em face de determina postulação). Já a tutela jurisdicional corresponde ao deferimento de certo bem da vida reclamado como próprio ou devido àquele que exercitou o seu direito de ação¹⁶.

A tutela jurisdicional deve ganhar maior destaque no estudo, compreensão e aplicação do direito processual civil. Não estamos infirmando os outros temas clássicos do direito processual civil, que ocuparam, no século passado, a grande maioria dos estudos processuais: a ação¹⁷, o

¹⁴ *Tutela Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 23.

Cândido Rangel Dinamarco registra que a tutela jurisdicional deve ser entendida como “amparo, que, por obra dos juízos, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo”.

“Em um processo em que litigam dois sujeitos em posições antagônicas, só um deles receberá a tutela jurisdicional: poderá ser o autor, mas também poderá ser o réu, conforme a convicção do juiz” (*Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 104/105.)

¹⁵ “Aceitando-se essa premissa, é lícito concluir que, no processo de conhecimento, a tutela – consubstanciada na sentença de mérito – pode beneficiar tanto ao autor quanto ao réu, dependendo de quem venha a lograr êxito, amparado que esteja pelo direito material.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 24)

¹⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil...* p. 37.

¹⁷ José Roberto dos Santos, referindo-se especificamente às cautelares, afirma que o seu estudo deve a partir da ideia de tutela jurisdicional. A ação já não ocupa posição de destaque no direito processual moderno. Preocupações a

processo, a defesa e a própria jurisdição, que devem, imprescindivelmente, fazer parte da concepção desta ciência. O que se propugna, de acordo com o pensamento jurídico atual, é que a tutela jurisdicional deve ser a grande preocupação dos processualistas e aplicadores do direito.

Cândido Rangel Dinamarco observa que tal posicionamento contemporâneo gira em torno da ideia de *processo civil de resultados*. Trata-se de um postulado que consiste na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo.

João Batista Lopes registra que “a doutrina contemporânea vê o processo como instrumento a serviço da jurisdição, isto é, destinado a fazer atuar, em sua plenitude a ordem jurídica para proteger os direitos das pessoas físicas e jurídicas e garantir a paz social.”¹⁸

Não é suficiente uma bela sentença, que acolha fundamentadamente o pedido do autor, se o comando nela contido não se projetar no plano material. Por este motivo, sustenta-se que o processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas, sociedades, associações, etc. Daí a atual preferência pelas considerações em torno da *tutela jurisdicional*, que é representativa das projeções metaprocessuais das atividades que no processo se realizam e, portanto, indica em que medida o processo será útil a quem tiver razão.¹⁹

Mauro Cappelletti e Bryant Garth enxergaram, ao longo da história, três “ondas de acesso à Justiça”. A primeira onda diz respeito à assistência judiciária para os pobres. Os esforços destinaram-se a viabilizar o acesso à Justiça daqueles que não dispunham de recursos (financeiros e até culturais) para acessar o Judiciário. A preocupação desta fase residia na criação de mecanismos para que todos os cidadãos, independentemente de suas condições econômicas ou financeiras, tivessem acesso ao serviço judiciário²⁰.

respeito desse instituto só têm razão de ser se voltadas para o plano constitucional. (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126)

¹⁸ LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no processo civil brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46.

Esse jurista observa, ainda, que “os processualistas da atualidade preferem substituir a fórmula clássica ‘instrumento a serviço do direito material’ pela expressão ‘tutela jurisdicional’, que significa proteção dos direitos mediante atuação plena da ordem jurídica, vale dizer, com respeito aos princípios constitucionais, aos direitos e garantias previstos na Carta Magna e aos direitos assegurados pela legislação ordinária.” (*Tutela Antecipada no processo civil brasileiro...*, p. 46)

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, ..., p. 108.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça...*, p. 31.

A segunda “onda” voltou-se à preocupação do direito com a representação dos interesses difusos. Este segundo grande movimento teve o objetivo de enfrentar o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres.²¹

Esta segunda “onda” provocou a reflexão sobre as noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais²². De acordo com Cappelletti e Garth, “a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.”²³

Na segunda “onda de acesso à Justiça” já se percebe o fato de que a visão individualista do devido processo judicial passou a ceder lugar, ou melhor, a fundir-se com uma concepção social e coletiva.²⁴

A “terceira onda”, por sua vez, diz respeito ao novo enfoque de acesso à Justiça. Esta terceira “onda” tem a preocupação de criar condições efetivas de acesso ao Judiciário e, portanto, de uma tutela jurisdicional efetiva no sentido mais amplo.

Esta fase volta a sua atenção ao conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas. Trata-se de um novo ‘enfoque do acesso à Justiça’, destinado ao aperfeiçoamento técnico dos mecanismos internos do processo. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma (acesso dos pobres à Justiça e representação dos interesses difusos), mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso à Justiça.²⁵

Entendemos, pois, que ao trazer a “tutela jurisdicional” para o eixo metodológico do direito processual civil, contribui-se para um processo civil de resultados. Um instrumento

²¹ *Ibid.* p. 49.

²² *Id.*

²³ *Id.*

²⁴ *Ibid.*, p. 51.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça...*, p. 67.

contemporâneo, ágil, dotado de condições de proteger a lesão ou a ameaça a direito de forma eficiente e adequada, visto e compreendido não apenas através de seus clássicos institutos (“ação”, “processo”, “defesa” e “jurisdição”), mas voltado, sobretudo, a produzir efeitos e eliminar ou acautelar a crise no plano material através da tutela jurisdicional.

Atualmente, a preocupação mais importante do processualista deve ser a prestação da tutela jurisdicional. Fala-se, hoje em dia, em “neo-concretismo”, na perspectiva adotada por Chiovenda de que o “processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”, sem receio de se confundir os planos material e o processual²⁶.

Cassio Scarpinella Bueno alerta para o fato de que “não basta só que o juiz profira, por exemplo, uma ‘sentença’ que reconheça a existência de lesão ou de ameaça ao direito do autor. Isto não é, em todo e qualquer caso, suficiente para que ele entregue, ao jurisdicionado que é titular daquele direito, ‘tutela jurisdicional’. É mister que o que estiver reconhecido na sentença possa surtir efeitos práticos e palpáveis para ‘fora’ do processo, isto é, no plano a ele exterior.”²⁷

Por este motivo, o eixo metodológico do direito processual civil deve se concentrar na tutela jurisdicional. Não que os temas consagrados (“ação”, “processo”, “defesa” e jurisdição”) devam ser abandonados ou renegados, mas que, sim, o estudo e a aplicação do direito processual civil devem se concentrar na tutela jurisdicional.

2.2 AÇÃO, PROCESSO OU TUTELA CAUTELAR?

É comum, na praxe do foro, deparar-se com expressões como *ação cautelar*, *processo cautelar* e *tutela cautelar*, todas querendo designar a *tutela jurisdicional cautelar*. Nesta exposição, dentre as opções possíveis, dar-se-á preferência para a expressão *tutela cautelar* para designar este fenômeno.

A expressão *tutela cautelar* tem o mérito de destacar os resultados decorrentes da intervenção jurisdicional. É a tutela jurisdicional – e não o *processo* ou a *ação* – que pode

²⁶ *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 01, São Paulo: Saraiva, 1965, p. 46.

²⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 01, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 309.

assumir feição cautelar no sentido de ser *provisória e instrumental*²⁸. Além disso, trata-se de expressão que reflete a tônica dos estudos mais recentes do direito processual civil que reside na tutela jurisdicional²⁹. Esta, por sua vez, traduz-se em proteção, em salvaguarda, que o Estado tem o dever de prestar ao jurisdicionado como contrapartida à vedação da autotutela.

O emprego da expressão “processo cautelar” não se mostra o mais correto, pois, processo é “método de atuação do Estado Democrático de Direito”, como é o caso do Brasil. Portanto, tecnicamente, não existe um “processo cautelar” em contraposição a um “processo de conhecimento” e a um “processo de execução”. O que existe é, pura e simplesmente, *processo*, sem qualquer predicado, onde as atividades jurisdicionais são desenvolvidas para a obtenção de determinados fins.

De acordo com Cassio Scarpinella Bueno, o termo *processo cautelar* deve ser entendido como verdadeira *expressão idiomática*, que vale mais pela consagração de seu uso, a começar pelo direito positivo, do que pelo significado de seus termos³⁰. É neste sentido que a expressão será tratada ao longo desta exposição.

A expressão “ação cautelar”, por sua vez, também não é, tecnicamente, a melhor opção. De acordo com a praxe forense, existiria uma *ação cautelar* que seria exercitada através de um *processo cautelar*. No mesmo sentido, existiriam uma *ação de conhecimento*, que seria exercida através de um *processo de conhecimento*, e uma *ação de execução*, que seria exercida através de um *processo de execução*.

A ação não aceita quaisquer classificações ou distinções. A ação é invariável, pois, trata-se de um direito subjetivo público exercitado contra o Estado, para buscar a proteção concreta a um direito que se encontra lesionado ou na iminência de sê-lo.

Na verdade, o que poderia ser compreendido como cautelar, de conhecimento e de execução, é a tutela jurisdicional, e não a *ação* ou o *processo*.

²⁸ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 04, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 172.

²⁹ José Roberto dos Santos Bedaque observa que “o estudo da cautelar deve ser feito a partir da ideia de tutela jurisdicional, sendo absolutamente irrelevante o aspecto de essa modalidade de medida ser concedida mediante o exercício do direito de ação, em processo autônomo, ou como decisão incidental no procedimento em curso. Ação cautelar, processo cautelar, medida cautelar, cautelar incidente, são apenas mecanismos para obtenção da tutela cautelar. Importa, pois, descobrir a natureza dessa modalidade de proteção jurisdicional, que não se confunde com as demais formas de tutela: cognitiva ou satisfativa.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 126)

³⁰ *Curso...*, v. 04, p. 173.

Por fim, são comuns outras expressões para se referir à tutela cautelar, tais como “medida cautelar” e “provimento ou providência cautelar”, quiçá estas últimas em alusão à obra de Calamandrei. No entanto, todas estas expressões, embora não sejam tecnicamente a melhor escolha, decorrem dos usos e costumes da praxe forense. Tais expressões, quando mencionadas nesta exposição, terão o mesmo significado de tutela cautelar, que é a expressão por nós eleita.

2.3 O “DEVER-PODER” COMO UMA OPÇÃO METODOLÓGICA CONSCIENTE

A razão pela qual o poder geral de cautela é visto como um autêntico *dever-poder* decorre de uma opção metodológica consciente.

De acordo com o art. 2º da Constituição Federal, são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A cada um destes poderes, atribuiu-se uma *função* determinada³¹.

A *função* atribuída a cada Poder em um Estado Democrático de Direito tem um significado especial. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que *função* pública “é a atividade exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.”³²

Carlos Ari Sundfeld esclarece que, para o Direito, *função* “é o poder de agir, cujo exercício traduz verdadeiro *dever jurídico*, e que só se legitima quando dirigido ao atingimento da específica *finalidade* que gerou sua atribuição ao agente. O legislador, o administrador, o juiz, desempenham função: os poderes que receberam da ordem jurídica são de exercício obrigatório e devem necessariamente alcançar o bem jurídico que a norma tem em mira.”³³

Os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. É o que se chama de *função jurisdicional* ou simplesmente de *jurisdição*³⁴.

³¹ José dos Santos Carvalho Filho observa que a cada um dos Poderes de Estado foi atribuída determinada função. Assim, ao Poder Legislativo foi dada a função normativa (ou legislativa); ao Executivo, a função administrativa, e, ao Judiciário, a Função Jurisdicional.” (*Manual de Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 03)

³² *Curso de Direito Administrativo*, 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

³³ *Fundamentos de Direito Público*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 163.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 550.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, em breve passagem histórica, registra que “a jurisdição, hoje, é monopólio do Poder Judiciário do Estado (art. 5º, XXXV). Anteriormente ao período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se *jurisdições feudais* e *jurisdições*

Moacyr Amaral Santos leciona que esta é a função própria e exclusiva do Poder Judiciário de um Estado que, no desempenho de sua função, faz atuar o direito objetivo na composição dos conflitos de interesse ocorrentes³⁵.

O magistrado, agente público que é, não atua em nome de sua própria vontade, mas sim em nome do ordenamento jurídico. A vontade do magistrado deve ser uma *vontade funcional*, voltada à realização da função jurisdicional pública³⁶. Não há liberdade, facultatividade ou discricionariedade no cumprimento ou não deste *dever*.

Neste sentido, Carlos Ari Sundfeld observa que “o juiz é obrigado a julgar o processo que dirige, não se exime de fazê-lo por estar em dúvida quanto à melhor solução a ser dada à lide ou por faltar norma expressa que a regule (CPC, art. 126). Por isso, aliás, os juízes integrantes dos tribunais não podem se abster de votar no julgamento de um recurso.”³⁷

A realização da *função jurisdicional* não é uma faculdade do agente público integrante do Poder Judiciário, mas sim um *dever*³⁸. Se há *poder*, há o *dever* de utilizá-lo para a sua finalidade determinada, no caso, para a prestação da tutela jurisdicional.

Para o Estado-juiz realizar a sua função, ele necessita manejar *poderes*³⁹. Cassio Scarpinella Bueno esclarece que o poder se justifica pela existência de *meios* para seu

baronais. Lembre-se de que os donatários das Capitanias Hereditárias no Brasil colonial dispunham da *jurisdição civil e criminal* nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, tínhamos a *jurisdição eclesiástica*, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação entre Igreja e Estado. Agora só existe jurisdição estatal, confiada a certos funcionários, rodeados de certas garantias: *os magistrados*.” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 551)

³⁵ *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 67.

³⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que a “função *jurisdicional* é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de ‘coisa julgada’, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.” (*Curso de Direito Administrativo*, 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36)

³⁷ *Fundamentos de Direito Público...*, p. 163.

³⁸ “Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo...*, 2006, p. 95)

³⁹ José Afonso da Silva observa que “o *poder* é um fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele *pode* exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que *pode* nos impor certos esforços custosos; certos sacrifícios; que *pode* fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas (...).” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 106)

atingimento e ressalva que não há, em um Estado Democrático de Direito, *fins* e tampouco *meios* para alcançá-los, que não aqueles tolerados, expressa ou implicitamente, por todo o sistema normativo⁴⁰.

Estes poderes são destinados, exclusivamente, ao exercício da jurisdição, são “conferidos como *meios* ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir”⁴¹. O poder é, pois, subordinado ao dever⁴².

Por este motivo, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “a tônica reside na ideia de *dever*, não na de ‘poder’. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina, no interesse alheio, de uma dada finalidade.”⁴³

A locução *dever-poder* geral de cautela quer significar que o sistema constitucional processual civil atribui ao magistrado o *dever* de prestar tutela jurisdicional para imunizar ameaças e/ou evitar lesões a direito, conferindo-lhe os *poderes* necessários para o cumprimento desta função, nos termos do que pretende a Constituição Federal (art. 5º, XXXV). Daí a escolha consciente da expressão *dever-poder* geral de cautela para tratar do tema objeto deste trabalho.

2.4 ALGUNS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL

2.4.1 O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional

O princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, que também é conhecido como “acesso à justiça”, “acesso à ordem jurídica justa”, “inafastabilidade da jurisdição” ou

⁴⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 04, p. 206.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo...*, 2006, p. 94.

⁴² *Ibid.*, p. 62.

Celso Antônio Bandeira de Mello observa, também, que “ditos poderes têm caráter meramente *instrumental*; são meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito desempenhar-se do *dever* de cumprir o *interesse público*, que é, a final, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi investido nos poderes atribuídos. O que a ordem jurídica pretende, então, não é que um dado sujeito desfrute de um poder, mas que possa realizar uma certa finalidade, proposta a ele como encargo do qual tem de se desincumbir. Como, para fazê-lo, é imprescindível que desfrute de poderes, estes são outorgados sob o signo assinalado. Então, *o poder, na competência, é a vicissitude de um dever*. Por isto é que é necessário colocar em realce a ideia de dever – e não a de poder –, já que este último tem caráter meramente ancilar; prestante para realizar-se o *fim* a que se destinam as competências: satisfazer interesses (consagrados em lei) públicos, ou seja, interesses dos cidadãos considerados ‘enquanto conjunto’, em perspectiva coletiva, é dizer, como Sociedade.” (*Curso de Direito Administrativo...*, 2003, p. 133)

⁴³ *Curso de Direito Administrativo...*, 2006, p. 95.

“ubiquidade da jurisdição”, está insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito⁴⁴.

Isto significa que quaisquer lesão ou ameaça a direito podem ser levadas à apreciação do Poder Judiciário, que tem o dever de se pronunciar através de seus Órgãos, positiva ou negativamente, pela concessão da tutela jurisdicional.

Este *dever* do Estado decorre do monopólio da jurisdição. O Estado, exclusivamente, tem o *poder* de dizer e aplicar o “direito”, sendo vedada a autotutela⁴⁵. Esta vedação, no entanto, impõe ao Estado o dever de prestar a tempestiva e adequada tutela ao jurisdicionado.

Revelando a importância e a preocupação com a aplicação do princípio em questão, os Projetos do Novo Código de Processo Civil, tanto o do Senado (PLS 166/2010)⁴⁶, quanto o da Câmara (PL 8.046/2010)⁴⁷, preveem, em seu artigo 3º, disposição bastante semelhante ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

⁴⁴ Sobre o acesso à Justiça, Cappelletti e Garth afirmam ser esta uma expressão de difícil definição, pois serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.” (*Acesso à Justiça...*, p. 08)

⁴⁵ Em nota histórica, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro relembra que “nas fases primitivas da civilização, inexistia um Estado com soberania e autoridade para impor o Direito acima da vontade dos particulares. Além da inexistência de um Estado forte, em tais fases não havia sequer as leis. Assim, quem pretendesse alguma coisa de outrem, tratava de obtê-la com sua própria força e na medida dela. A esse regime dá-se o nome de *autotutela*. Coexistindo com a autotutela, havia a autocomposição, pela qual uma das partes em conflito, ou ambas, abriam mão do seu interesse ou de parte dele para chegar a uma composição.

Pouco a pouco, as soluções parciais impostas por ato das próprias partes (a autotutela), foram cedendo espaço para um sistema de soluções imparciais dos conflitos. Buscava-se a solução por meio de decisões de terceiros. Nesse contexto, surgiram os árbitros, que normalmente eram *sacerdotes*, que supostamente agiam de acordo com a vontade dos deuses, ou *ancião* que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. Curiosamente, surge o juiz antes do legislador.

Mais tarde, noutro passo da evolução, na medida em que o Estado vai se afirmando e consegue impor-se aos particulares, gradativamente vai absorvendo o poder de ditar as soluções para os conflitos, passando-se da justiça privada para a justiça pública. Nasce assim a *jurisdição* que se consolidou, com o tempo, como um monopólio estatal, garantindo-se aos juízes estatais – somente a eles – a função de resolver e dirimir os conflitos, substituindo a vontade das partes.” (*Princípios Processuais Civis na Constituição*, coord. Oliveira Neto, Olavo de. Lopes, Maria Elizabeth de Castro, p. 49)

⁴⁶ “Art. 3º. Não se excluirá da apreciação do jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”.

⁴⁷ “Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

Andrea Proto Pisani esclarece que “a jurisdição estatal e o correlato direito ou poder de ação representa a contrapartida à vedação da autotutela privada. Tal contrapartida deve ser efetiva, ou seja, por meio do processo, a parte que tem razão deve obter, quanto possível, exatamente aquilo a que tem direito em nível de direito substancial”⁴⁸

Houve uma evolução no acesso à Justiça em razão de o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, assegurar não apenas o acesso daquele que sofreu uma lesão, como também daquele que ainda não teve o seu direito lesionado, mas se encontra em vias de tê-lo.

A atuação da jurisdição deixou de ser repressiva, destinada a reparar o dano, e passou a ser preventiva, com a intenção de evitar a ocorrência deste dano. Vale dizer, uma situação que ainda não resultou prejuízos também deve receber tutela jurisdicional. Para tanto, basta que haja uma situação antijurídica.

Disso decorre que o direito processual civil e todas as suas técnicas não podem se limitar a tutelar situações de lesão já consumadas.

Para que o princípio em questão seja aplicado, o ordenamento jurídico deve contar haver instrumentos capazes de evitar lesão a direitos em situações que, em tese, não são plenamente reparáveis. São exemplos destas situações, os direitos da personalidade (art. 5º da Constituição Federal, e art. 21 do Código Civil), o direito ao meio ambiente (art. 225 da Constituição Federal), que são situações que, pela própria natureza, não acabam sendo reparadas integralmente através de qualquer compensação econômica.

Esta ideia está intimamente ligada ao dever-poder geral de cautela, considerando o quanto previsto pelo art. 798, do CPC, que prevê a concessão de tutela jurisdicional preventiva, destinada a evitar que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

A garantia do acesso à Justiça não se limita a franquear os meios de se acessar o Poder Judiciário. Faz-se necessário que a resposta do Judiciário, positiva ou negativa, seja adequada e eficiente para tutelar a lesão ou a ameaça ao direito. Nelson Nery Junior esclarece que não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido este princípio.⁴⁹

⁴⁸ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Quinta edizione, Napoli: Jovene Editore, tradução Maria Carolina Silveira Beraldo, 2006, p. 591.

⁴⁹ *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 172.

Cândido Rangel Dinamarco, no mesmo sentido, observa que acesso à Justiça não equivale a mero *ingresso em juízo*. Receber Justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade.⁵⁰

Além da adequada tutela jurisdicional, o efetivo acesso à Justiça depende de outros pressupostos. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro lembra que acessibilidade pressupõe a existência de pessoas, em sentido *lato* (sujeitos de direito), capazes de estar em Juízo, sem óbice de natureza financeira, manejando adequadamente os instrumentos legais judiciais e extrajudiciais existentes, de sorte a possibilitar, na prática, a efetivação dos direitos individuais e coletivos, que organizam uma determinada sociedade.⁵¹

O acesso à Justiça, além destes pressupostos que garantem a acessibilidade do jurisdicionado, deve resultar em tutela jurisdicional (positiva ou negativa) adequada à postulação apresentada ao Poder Judiciário. Trata-se, pois, do princípio que é a pedra de toque do ordenamento jurídico brasileiro.

2.4.2 O Princípio do Devido Processo Legal

Em um regime democrático de direito, o Estado não pode atuar de qualquer forma. A sua atuação deve ocorrer de acordo com regras preestabelecidas que asseguram a plena participação dos interessados na solução do conflito, garantindo-lhes todas as possibilidades de defesa e ataque necessárias, criando condições efetivas de prestação da tutela jurisdicional.⁵²

⁵⁰ *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 115.

Cândido Rangel Dinamarco afirma ainda que “a *Reforma do Código de Processo Civil*, processada especialmente mediante leis aprovadas nos anos de 1994 e 1995, foi uma resposta a muitos dos reclamos da doutrina e da população por um sistema processual mais eficiente e capaz de atender ao trinômio *qualidade-tempestividade-efetividade*.” (*Instituições...*, v. I, p. 115)

⁵¹ Acesso à Justiça, Juizados Especiais, Cíveis e a Ação Civil Pública, Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 57.

⁵² Mabel de los Santos e Petrônio Calmon observam que “*en un intento de sistematización de las garantías vinculadas al proceso civil podemos distinguir las que podríamos denominar esenciales, en tanto deben estar presentes en todo debate para que exista debido proceso. Encuadran en esa categoría la inviolabilidad de la defensa en juicio, la igualdad de las partes en el proceso – de la que deriva la garantía del juez imparcial –, la que consagra la tutela judicial efectiva antes enunciada como derecho fundamental de los justiciables y la garantía de la legalidad, que impone el deber de juzgar a la luz de las leyes sustanciales y la garantía de la legalidad, que impone el deber de juzgar a la luz de las leyes sustanciales y adjetivas vigentes. La observancia de las garantías antes enunciadas constituye requisito ineludible y condición de existencia del debido proceso legal.*”

O princípio do devido processo legal está insculpido no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, o qual dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁵³. Trata-se do princípio regente da atuação do Estado-juiz, desde o momento em que ele é provocado até o instante da prestação da tutela jurisdicional final.⁵⁴

Este é o princípio-base que sustenta todos os demais princípios e regras processuais, destinado a indicar as condições mínimas e imprescindíveis de desenvolvimento do processo, norteando toda a Administração Pública que se materializa através dos seus três Poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A sua importância é tamanha que se costuma dizer que este princípio seria suficiente para regular todo o processo civil. Trata-se de um “princípio-síntese” ou “princípio de encerramento” de todos os valores ou concepções do que se entende como um processo justo e adequado.⁵⁵

En un segundo plano encontramos garantías que son instrumentales respecto de las esenciales, en el sentido que su observancia en el proceso propende a asegurar las garantías fundamentales antes enunciadas. Sin embargo, en razón de ser instrumentales con relación a las esenciales, su aplicación admite, según el caso, alguna flexibilidad en la medida que no se afecten las que denominamos garantías esenciales. Revisten dicha condición a) la de irretroactividad de la ley procesal, b) la exigencia de congruencia, c) la debida motivación de las resoluciones y sentencias, d) la garantía de publicidad del proceso, e) la de cosa juzgada o garantía contra el doble juzgamiento y f) la garantía de la doble instancia.” (Informe General sobre Tutelas Urgentes y Cautela Judicial..., p. 366.)

⁵³ Sobre a origem histórica desse princípio, Nelson Nery Junior noticia que o primeiro ordenamento que lhe teria feito menção foi a *Magna Charta* de João Sem-Terra, do ano de 1215, quando se referiu à *law of the land* (art. 39), sem, ainda, ter mencionado expressamente a locução *devido processo legal*. O termo de hoje consagrado, *due process of law*, foi utilizado somente em lei inglesa de 1354, baixada no reinado de Eduardo III, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*, por meio de um legislador desconhecido (*some unkonwn draftsman*).

Antes mesmo da Constituição Federal americana de 1787, algumas constituições estaduais dos Estados Unidos da América já consagravam a garantia do *due process of law*, como, por exemplo, as de Maryland, Pensilvânia e de Massachusetts, repetindo a regra da *Magna Charta* e da Lei de Eduardo III.

Foi a Declaração dos Direitos de Maryland, de 3.11.1776, que fez, pela primeira vez, expressa referência ao trinômio, hoje insculpido na Constituição Federal norte-americana, vida-liberdade-propriedade, dizendo, em seu inciso XXI, “*that no freeman ought to be taken, or imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges, our outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty, or property, but by the judgment of his peers, or by the law of the land*”. (Princípios..., págs. 78/79)

⁵⁴ Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci observam que a locução devido processo legal impõe (a) a elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo o desdobramento da concepção norte-americana); (b) aplicação judicial da lei através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o processo (*judicial process*); e (c) assecuração, neste, da *paridade de armas* entre as partes, visando à igualdade substancial. Apresenta-se o *devido processo legal*, em relação ao processo judicial, como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente, sua finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal).” (Constituição de 1988 e Processo, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 15)

⁵⁵ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 01, p. 140.

Por exemplo, estão compreendidos, no princípio do devido processo legal, o direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; direito a um rápido e público julgamento; direito ao arrolamento de testemunhas e à sua notificação para comparecimento perante os tribunais; direito ao procedimento contraditório; direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; direito à plena igualdade entre acusação e defesa; direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; direito à assistência judiciária, inclusive gratuita⁵⁶ etc.

Os demais princípios constitucionais acabam se preocupando em indicar os padrões mínimos que devem integrar o processo, que deve ser entendido como o método de atuação do Estado, com o objetivo de criar condições efetivas de prestação da tutela jurisdicional e legitimar a atuação do Estado-juiz.

Cassio Scarpinella Bueno ensina que o “processo” não é só forma de resolver conflitos de interesse subjetivo, aplicando coercitivamente, se for o caso, o direito material no caso concreto. O ‘processo’ também, como é o método de manifestação do Estado Democrático de Direito, deve viabilizar que, ao longo de toda sua atuação, sua conformação política mostre toda sua plenitude, *qualificando* este atuar do Estado. Assim, todas as opções políticas, que influenciam o comportamento do próprio Estado, têm que estar presentes em toda atuação estatal, e, por isto mesmo, têm que estar espelhadas no próprio *processo*. O aspecto político do processo é indicativo do grau de desenvolvimento ou aperfeiçoamento da democracia (ou da democratização) de um dado Estado de Direito. O princípio do devido processo legal, neste contexto, é amplo o suficiente para se confundir com o próprio Estado Democrático de Direito.⁵⁷

O devido processo legal é um princípio de conformação da atuação do Estado-juiz aos valores propugnados pela Constituição Federal, de acordo com as características do Estado brasileiro. Por esta razão, trata-se de um princípio que revela os valores constitucionais e o modelo de agir do Estado⁵⁸.

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios...*, p. 84/85.

⁵⁷ *Curso...*, v. 01, p. 142.

⁵⁸ Luiz Fux afirma que os princípios caracterizam o sistema processual adotado por um determinado país, revelando-lhe a linha juspolítica e filosófica. Tais princípios são extraídos das regras processuais como um todo e seus cânones influenciam na solução de inúmeras questões legisladas ou não, quer na exegese emprestada a dado dispositivo, quer na supressão de uma lacuna legal. (*Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da tutela antecipada)*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 137)

Este princípio permeia todo o ordenamento processual, inclusive as tutelas jurisdicionais diferenciadas. Alcides Munhoz da Cunha observa que “o devido processo legal é que autoriza as tutelas diferenciadas, como relativização da ordinarização para a adoção de tutelas sumárias dos direitos subjetivos, primários, em lide, bem como é esse princípio que exige a existência imprescindível de uma tutela residual, que deve atuar sobre interesses apenas plausíveis para salvar de perigo iminente de lesão ou de agravamento de lesão irreparável interesses relevantes. Isso porque há uma incompletude insuperável no sistema normativo, que não pode prever todas as situações de perigo que a realidade oferece a interesses que, em princípio, são dignos de proteção jurídica. O princípio do devido processo legal surge, pois, como um imperativo da ordem jurídica para promover a *harmonização entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição*.”⁵⁹

Em resumo, este princípio garante a possibilidade do jurisdicionado acessar a Justiça, deduzir pretensão e defender-se do modo mais amplo e efetivo possível, de acordo com o método de atuação do Estado-juiz previamente conhecido.

2.4.3 O Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório⁶⁰ está expresso no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o qual dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Nelson Nery Junior esclarece que “por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Garantir-se o contraditório significa, ainda, a realização da *obrigação de noticiar* (...) e da *obrigação de informar* que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que

⁵⁹ *Comentários ao código de processo civil*, v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 366.

⁶⁰ Sobre esse princípio, Luiz Fux observa que “é reflexo da legalidade democrática do processo e cumpre os postulados do direito de defesa e do *due process of law*.” (Tutela de Segurança e Tutela da Evidência..., p. 148)

requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.”⁶¹

Este princípio, que também é conhecido por princípio da bilateralidade da audiência, é composto pelo binômio *ciência x resistência* ou *informação x reação*. Trata-se de garantir às partes o direito de influenciar o convencimento do juiz, ao longo de todo o processo. Trata-se de uma opção política do legislador a respeito do modelo de Estado adotado pelo nosso país. Trata-se de um princípio pelo qual se realizam os demais princípios democráticos da República brasileira.

Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pelegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra observam que “o juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de ‘colaboradores necessários’: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.”⁶²

Pelo princípio do contraditório, o diálogo entre as partes tem a finalidade de fornecer ao magistrado todas as informações relacionadas ao caso para uma melhor decisão. Por este motivo, o contraditório serve de instrumento de cooperação, colaboração e participação das partes.

O princípio do contraditório é uma garantia atribuída a todos aqueles que tiverem uma pretensão de direito material a ser deduzida no processo, compreendendo-se, entre eles, além do autor e do réu, o litisdenunciado, o oponente, o chamado ao processo, o assistente litisconsorcial

⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios...*, p. 206.

O referido autor observa, ainda, que “o direito à prova, manifestação do contraditório no processo, significa que as partes têm o direito de realizar a prova de suas alegações, bem como de fazer contraprova do que tiver sido alegado pela parte contrária. O destinatário da prova é o *processo* e não o juiz, de modo que não se pode indeferir a realização de determinada prova sob fundamento de que o julgador já se encontra convencido da existência do fato probando ou da própria questão incidental ou de mérito posta em causa. Caso a) não haja nos autos prova da existência do fato, b) for ele controvertido e, ainda, c) a parte insistir na realização da prova, a parte tem direito à realização da prova, vedado ao juiz dispensá-la. Na hipótese de o juiz, nestas circunstâncias, indeferir a prova, haverá cerceamento de defesa, com a nulidade da decisão e dos atos processuais que se lhe seguirem.” (*Princípios...*, p. 207)

⁶² *Teoria Geral do Processo*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 55.

simples e o Ministério Público, ainda que esteja atuando na função de fiscal da lei. No entanto, testemunhas e peritos, por exemplo, por não deduzirem pretensão alguma em juízo, pois exercem a função de auxiliares da justiça, não têm direito ao contraditório.

O juiz, como sujeito do processo, deve garantir a observância do contraditório em relação a todas as partes do processo, sobretudo em razão do dever de garantir, aos litigantes, igualdade de tratamento, conforme a dicção expressa do art. 125, I, do CPC.

O contraditório deve ser efetivo e não meramente respeitado em potencial. É imprescindível que sejam criadas condições do exercício do contraditório. A parte deve ter a possibilidade de se manifestar ou de requerer e de fazer a contraprova pertinente à alegação ou requerimento da parte contrária. A ofensa a este princípio caracteriza cerceamento de defesa, que é causa de nulidade do processo.

Não se deve entender o contraditório, apenas, do ponto de vista negativo, passivo ou defensivo, mas, também, do ponto de vista positivo. O juiz não pode decidir sem a prévia intimação das partes, para que elas possam se manifestar, mesmo diante de casos em que o magistrado pode decidir de ofício.

O juiz, ao verificar que poderá decidir alguma questão de ofício, ainda que seja de ordem pública, deve dar conhecimento prévio aos litigantes, a fim de que venham a saber desta possibilidade e possam se manifestar a respeito. A garantia do contraditório proíbe, pois, a prolação de *decisões-surpresa*.⁶³

Neste sentido, para evitar *decisões-surpresa* em segundo grau, o Projeto do Novo Código de Processo Civil da Câmara (PL 8.046/2010) dispõe, em seu art. 946, *caput*, que “se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida, ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada, que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de cinco dias.”

O princípio do contraditório não admite exceções. No entanto, pode sofrer limitações diante de casos em que o juiz tem de decidir antes de ouvir a parte contrária, tais como nos casos

⁶³ Nesse sentido, Nelson Nery Junior adverte que “a proibição de haver *decisão surpresa* no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*.” Trata-se da proibição da sentença de ‘terceira via’. Afirma, ainda, que “o juiz, como sujeito do processo, *terceiro imparcial*, equidistantes das partes, deve exercer o seu mister respeitando o direito das partes ao contraditório, a fim de que não sejam surpreendidas com decisões inesperadas, fundadas em premissas que não puderam, previamente, conhecer para tomar as medidas e precauções adequadas para o caso.” (*Princípios...*, p. 222)

de provimento cautelar, antecipação da tutela de mérito, liminares em ação possessória, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva e ação civil pública.

Isto não significa uma violação ao princípio do contraditório, haja vista que, mesmo nos casos em que o juiz decide sem a oitiva da parte contrária, com a intenção de evitar a ocorrência do *periculum in mora*, a parte contra quem foi proferida a decisão poderá desenvolver posteriormente sua atividade processual plena, antes que o provimento se torne definitivo. A parte contra quem foi proferida a decisão terá a oportunidade de apresentar sua defesa e recurso contra a decisão proferida sem a sua participação, antes que esta decisão se torne imutável.

A necessidade de decisão rápida, agravada pela possibilidade real de frustração do provimento ou da ocorrência do dano, tem o efeito de postergar a ocorrência do contraditório.

Trata-se de se *ponderar* a aplicação do princípio do contraditório frente a uma situação de urgência. Entre a opção de se evitar o dano, postergando o contraditório, e a opção de realizar o contraditório prévio, correndo o risco da consumação do dano, o ordenamento privilegiou a primeira opção.

2.4.4 O Princípio da Ampla Defesa

Assim como o princípio do contraditório, o princípio da ampla defesa está disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, o qual também garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Por ampla defesa deve-se entender a garantia plena dos acusados nos procedimentos administrativos e inquisitoriais, tais como o inquérito policial, e dos litigantes, ou seja, autor e réu, nos processos judiciais penais e de natureza não penal (civil, trabalhista, tributário, previdenciário, eleitoral), de condições concretas para responder as imputações que lhes sejam dirigidas, antes que os efeitos delas decorrentes sejam materialmente sentidos.

Os recursos inerentes à ampla defesa, conforme a dicção do próprio inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, devem ser entendidos como técnicas processuais destinadas à revisão efetiva das decisões judiciais e administrativas.

Além da previsão destas técnicas, para que a defesa seja ampla, devem ser assegurados, às partes, os meios para acessá-la. A assistência jurídica integral e gratuita, prevista no art. 5º,

LXXIV, da Constituição Federal, e a Defensoria Pública, de acordo com a disposição do art. 134 da Constituição Federal, por exemplo, são meios de garantir o acesso à ampla defesa.

De nada adiantaria a existência de mecanismos de controle das decisões judiciais, se os meios de acesso não fossem franqueados aos jurisdicionados que, por consequência, estariam privados da garantia da ampla defesa.

Adicionalmente, outro aspecto da garantia da ampla defesa diz respeito ao fato de se disponibilizar ao polo passivo, além das condições de oferecer uma resposta oportuna, as condições de produzir as provas necessárias à comprovação de suas alegações. As condições de defesa devem, de modo amplo, ser asseguradas.

O destinatário da prova é, sempre, o processo. É direito da parte realizar a prova dos fatos controvertidos ou do direito alegado. Esta prova será encartada ao processo. O juiz, pois, formará seu livre convencimento motivado com base nas provas apresentadas ou produzidas *para* o processo.

2.4.5 O Princípio do Juiz Natural

O princípio do juiz natural, também conhecido por princípio da vedação dos tribunais de exceção, está previsto nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Federal, os quais dispõem, respectivamente, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Este princípio determina que a autoridade judiciária deve preexistir ao fato a ser julgado. Trata-se da vedação da criação de Tribunais de exceção, ou seja, Tribunais sob encomenda, constituídos para julgar em um ou em outro sentido, para prejudicar ou beneficiar alguém. Não se pode criar um tribunal para julgar um fato já ocorrido. O que este princípio busca proteger, em última análise, é a imparcialidade do órgão julgador.⁶⁴

⁶⁴ Nelson Nery Junior observa que “a *imparcialidade* está ligada à independência do juiz e é manifestação do princípio do juiz natural (CF XXXVII e LIII). Todos têm o direito de ser julgados pelo seu juiz natural, imparcial e pré-constituído na forma da lei. Entretanto, não se pode exigir do juiz, enquanto ser humano, *neutralidade* quanto às coisas da vida (*neutralidade objetiva*), pois é absolutamente natural que decida de acordo com seus princípios éticos, religiosos, filosóficos, políticos e culturais, advindos de sua formação como pessoa. A neutralidade que se lhe impõe é relativa às *partes* do processo (*neutralidade subjetiva*) e não às teses, *in abstracto*, que se discutem no processo.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios...*, p. 137).

O juiz natural é aquele indicado pela Constituição Federal como competente para realizar o julgamento, respeitando-se os critérios de competência dos órgãos do Poder Judiciário. As varas e câmaras especializadas na primeira e segunda instâncias, respectivamente, não importam violação a este princípio, porquanto, trata-se da atribuição e divisão da atividade jurisdicional.

Não se pode confundir Tribunal de exceção com prerrogativa de foro, que é o benefício concedido por lei ditado em razão do Interesse Público, como ocorre nos casos de separação judicial, divórcios e anulação de casamento, que devem ser processados no foro do domicílio ou da residência da mulher (art. 100, I, do CPC), nos casos envolvendo pedido de alimentos, que devem ser processados no foro do domicílio ou da residência do alimentando (art. 100, II, do CPC), por exemplo. Trata-se, pois, de situações que versam sobre direitos indisponíveis.

Igualmente, não se pode confundir com Tribunal de exceção o poder jurisdicional conferido ao Senado Federal para julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos casos de crimes de responsabilidade, conforme a previsão contida no art. 52, I, da Constituição Federal.

O princípio do juiz natural ganha especial destaque no âmbito dos Tribunais, isto porque seus julgamentos só podem ser realizados por órgãos colegiados. Não há autorização legal para que seus julgamentos sejam realizados por um único julgador. O juiz natural dos Tribunais é, por definição, um órgão colegiado.

Sobre o tema, Cassio Scarpinella Bueno observa que “o que se pode tolerar, como *técnica* rente a outros princípios constitucionais, é que a lei estabeleça condições de *aceleração* de julgamento em determinadas circunstâncias. Nunca, entretanto, que ela negue ou que ela tire o que ela, lei, não pode tirar, a possibilidade de controle da decisão monocrática perante o colegiado, que é o órgão competente, o ‘juiz natural’, para julgamento de todos e quaisquer recursos no âmbito dos Tribunais.”⁶⁵

O princípio do juiz natural garante, a todos, o direito de ser julgado por um juiz competente e pré-constituído na forma da lei.

⁶⁵ Cassio Scarpinella Bueno observa, ainda, que “é correto dizer que, mesmo rejeitado o entendimento relativo ao ‘princípio do duplo grau de jurisdição’, (...), o ‘juiz natural’ no âmbito dos Tribunais só pode ser entendido como os órgãos *colegiados* a serem indicados por seus específicos Regimentos e, até mesmo, no caso do art. 97, o órgão colegiado, cuja criação é permitida pela própria Constituição, o ‘órgão especial’ (...). Nunca, entretanto, os seus membros isoladamente considerados. A atuação dos Tribunais, de acordo com o ‘modelo constitucional do processo civil’, é, por imposição constitucional, *colegiada*.” (*Curso...*, v. 01, p. 153)

2.4.6 O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição é o mais difícil de ser identificado na Constituição Federal. Isto ocorre porque a Constituição não faz menção expressa a este princípio, o que gera dúvidas na doutrina sobre a sua extensão e significado.⁶⁶

O Pacto de San José da Costa Rica (ou Convenção Interamericana de Direitos Humanos), de 22.11.1969, que tem força de norma constitucional no Brasil (art. 5º, §§2º e 3º, da Constituição Federal), é o único diploma legal que menciona expressamente este princípio (art. 8º, nº. 2, letra *h*). No entanto, a disposição nele prevista não alcança o processo civil, mas apenas o processo *penal*.⁶⁷

Independentemente da falta de menção expressa, não há como sustentar a inexistência deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro, pois se trata, na verdade, de um princípio implícito na Constituição Federal.

Parte da doutrina, favorável à existência deste princípio no ordenamento jurídico, afirma que a sua previsão estaria no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal, o qual dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Entendemos, no entanto, que os recursos referidos pelo citado dispositivo constitucional não devem ser entendidos como “recursos em sentido técnico, de direito processual, mas como as variadas técnicas de os litigantes defenderem-se em juízo”.⁶⁸

⁶⁶ Nelson Nery Junior afirma que não há a garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição. De acordo com o referido jurista, “o art. 158 da Constituição do Império de 1824 dispunha expressamente sobre a garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, permitindo que a causa fosse apreciada, sempre que a parte o quisesse, pelo então Tribunal de Relação (deposite de Apelação e hoje Justiça). Ali estava inscrita a regra da garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição.

As constituições que lhe seguiram limitaram-se a apenas mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. Implicitamente, portanto, havia previsão para a existência de recurso. Mas, frise-se, não garantia ao duplo grau de jurisdição.” (*Princípios*..., p. 280)

⁶⁷ Nelson Nery Junior afirma que o Pacto de San José da Costa Rica ingressou no direito interno brasileiro como norma constitucional (art. 5º, §§2º e 3º, da CF). “No entanto, a garantia expressa no tratado parece não alcançar o direito processual como um todo, donde é lícito concluir que o duplo grau de jurisdição, como garantia constitucional absoluta, existe o âmbito do direito processual penal, mas não no do direito processual civil ou do trabalho”. (*Princípios*..., p. 283)

⁶⁸ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso*..., v. 01, p. 157.

A nosso ver, o princípio do duplo grau de jurisdição pode e deve ser extraído da previsão de variados Tribunais na Constituição Federal e do nosso sistema recursal, em que todas as decisões são passíveis de serem impugnadas por recurso, conforme os arts. 504, 513 e 522, do CPC.

A Constituição Federal prevê Tribunais de segundo grau de jurisdição, com função revisora das decisões da primeira instância, e Tribunais Superiores que, muitas vezes, desempenham a função de revisão das decisões da instância inferior.⁶⁹

Cassio Scarpinella Bueno observa que a função revisora dos Tribunais de segundo grau de jurisdição e dos Tribunais Superiores, entendida em conjunto com o sistema recursal do Código de Processo Civil Brasileiro, em que toda *decisão* é recorrível, só pode levar à conclusão de que existe *um* princípio do duplo grau de jurisdição entre nós.⁷⁰

Superada a questão sobre a existência ou não deste princípio, observamos, por fim, que, a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição garante aos litigantes a *ampla revisibilidade* de todas as decisões judiciais, por magistrados diversos e localizados, preferencialmente, em níveis hierárquicos diferentes.

2.4.7 O Princípio da Isonomia

O princípio da isonomia decorre do *caput* do art. 5º, da Constituição Federal, o qual garante a igualdade de todos perante a lei, vedando distinção de qualquer natureza. O art. 125, I, do CPC, por sua vez, dispõe que, ao juiz, compete assegurar, às partes, igualdade de tratamento, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em Juízo as suas razões.

O referido princípio deve garantir a “paridade ou igualdade de armas” entre os litigantes, os quais devem ser tratados de forma igualitária pelo Estado-juiz, que tem o dever de garantir a igualdade de condições e oportunidades de manifestação das partes ao longo do processo, sempre que uma delas se encontrar em condição de superioridade ou de inferioridade em face da outra.

Há casos em que os litigantes acabam sendo tratados de forma desigual no processo, situação esta que é justificada em razão das diferenças entre eles existentes. É preciso que a

⁶⁹ No caso dos Tribunais Superiores, a função revisora é desempenhada, por exemplo, pelo Recurso Ordinário (arts. 102, II, e 105, II, da Constituição Federal).

⁷⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 01, p. 157.

diferença de tratamento seja suficientemente justificável, tendo em vista o restabelecimento da paridade de armas.

Algumas situações de reequilíbrio de forças previstas no ordenamento são absolutamente legítimas, tais como as normas relativas à assistência judiciária gratuita para os hipossuficientes, a possibilidade de inversão do ônus da prova nos casos envolvendo direitos do consumidor, art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), tramitação prioritária dos processos em que uma das partes possua 60 (sessenta) anos ou mais (art. 1.221-A, do CPC).

Trata-se de medidas ditadas em prol do Interesse Público, destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em paridade de armas. Nestas situações, não se cogita de violação ao princípio da isonomia.

Outras medidas, no entanto, não encontram, a nosso ver, legitimidade suficiente para justificar uma situação de reequilíbrio de forças no processo, tais como os prazos em quádruplo e em dobro, em benefício da Fazenda e do Ministério Público (art. 188, do CPC); a remessa de ofício do processo ao Tribunal competente para julgamento da apelação, mesmo que nenhuma das partes haja recorrido, quando houver sentença proferida em desfavor da União, dos Estados, Distrito Federal, Municípios e das respectivas autarquias e fundações de direito público (art. 475, do CPC); a condenação reduzida da Fazenda Pública em honorários de sucumbência, quando sai vencida no processo (art. 20, § 4º, do CPC); o pagamento de despesas processuais do Ministério Público ou da Fazenda Pública apenas ao final do processo (art. 27, do CPC); a dispensa da exigência de preparo dos recursos interpostos pelo Ministério Público, União, Estados, Municípios e respectivas autarquias (Art. 511, §1º, do CPC); a dispensa de justificação prévia, em caso de arresto, quando o seu requerente for a União, Estado ou Município (Art. 816, I, do CPC).

Estas violações revelam verdadeiros privilégios que, hoje em dia, não mais se coadunam com o princípio da isonomia. O restabelecimento do equilíbrio entre as partes é tarefa bastante delicada. Não se pode, pois, privilegiar indevidamente um litigante, sob o argumento de se reequilibrar a paridade de armas, legitimando-se, aí então, uma situação de verdadeira desigualdade.

2.4.8 O Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade está disposto no art. 5º, LX, da Constituição Federal, que assim dispõe: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Este princípio também está disposto nos incisos IX e X do art. 93, da Constituição Federal, ambos com redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004. De acordo com estes incisos, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (inc. IX) e “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pela maioria absoluta de seus membros (inc. X).

A violação ao princípio de publicidade torna nula a decisão ou o ato processual, nos termos do que dispõe o inciso IX, do art. 93, da Constituição Federal. Este princípio tem a função de evitar a ocorrência de julgamentos secretos, garantir a publicidade do processo e publicação de todas as decisões e atos processuais, de forma que fiquem disponíveis ao acesso do público em geral, bem como o acesso aos fóruns e Tribunais.

Foi por ocasião da Revolução Francesa que este princípio ganhou destaque pelas famosas palavras de Mirabeau perante a Assembleia Constituinte: “deem-me o juiz que desejarem: parcial, corrupto, meu inimigo mesmo, se quiserem; pouco me importa desde que ele nada possa fazer senão em público.” De fato, o princípio da publicidade situa-se entre as fundamentais garantias de independência e imparcialidade do juiz.⁷¹

As restrições a este princípio estão mencionadas nos próprios incisos LX, do art. 5º, e IX, do art. 93, da Constituição Federal, que, respectivamente, autorizam a restrição da publicidade quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem (inc. LX, do art. 5º), ou quando a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, desde que isto não prejudique o interesse público à informação (inc. IX, do art. 93).

⁷¹ Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci observam que a publicidade constitui valioso instrumento para a assecuração do controle público da administração da justiça, e, conseqüentemente, da imparcialidade do juiz. (*Constituição de 1988 e Processo*, p. 72)

Além destas hipóteses, há as restrições do art. 155, do CPC, recepcionado pela Constituição Federal. Este artigo determina os casos em que os processos devem tramitar em segredo de justiça, a saber: sempre que o Interesse Público o exigir e quando disserem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guardas de menores. Nestes casos, o direito de consultar os autos e pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro poderá requerer, ao juiz, certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha, desde que demonstre o seu interesse jurídico.

Trata-se, o princípio da publicidade, de um valioso instrumento de fiscalização popular das decisões dos magistrados e promotores. Afinal, tem-se dito que o povo é o juiz dos juízes.

2.4.9 O Princípio da Motivação

O princípio da motivação, também conhecido por princípio da fundamentação, está previsto nos incisos IX e X do art. 93, da Constituição Federal, os quais, também, dispõem sobre o princípio da publicidade.

Por este princípio, toda e qualquer decisão judicial deve ser explicada e justificada pelo juiz que a proferiu. Este princípio possui duas finalidades: assegurar a transparência da atividade judiciária e viabilizar o exercício do controle das decisões jurisdicionais.

A ciência do direito trabalha com a aplicação da norma aos fatos (*subsunção*). A interpretação das regras jurídicas é, pois, fundamental para que o direito desempenhe o seu papel. A interpretação, no entanto, é uma tarefa subjetiva, que está ligada à consideração consciente de valores. Por este motivo, é imprescindível que o magistrado exponha as razões que o levaram a decidir em determinado sentido.

É comum, pois, referir-se a este princípio como uma forma de o magistrado prestar contas do exercício da função jurisdicional à sociedade e ao Poder Judiciário, inclusive para que o órgão recursal *ad quem* tenha condições de verificar a correção e legalidade dos atos que lhe são submetidos a exame.⁷²

⁷² Gilmar Mendes Ferreira, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco observam que “a garantia da proteção judicial efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um processo de controle, inclusive a eventual impugnação. Daí a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas (CF, art. 93, IX). E motivar significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes. A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os

Isto se faz necessário para que seja viável o exercício do controle das escolhas feitas pelo magistrado para chegar à conclusão de sua decisão, isto é, quais os fatos considerados, o porquê de se ter escolhido um e não outro princípio ou, ainda, aplicado uma norma e rejeitado outra, quais foram os elementos considerados para o preenchimento de um conceito vago, e assim por diante.⁷³

O art. 458, II, do CPC, é expresso ao determinar que são requisitos da sentença (*e também dos acórdãos – art. 165, do CPC*) os fundamentos em que o juiz analisou as questões de fato e de direito. Questões dizem respeito aos pontos sobre os quais controvertem as partes. Os fundamentos, referidos pelo artigo, são a materialização do raciocínio do magistrado, a exposição da análise dos pontos apresentados pelas partes, considerando os fatos e os argumentos que o sustentam.

Deve constar, nos fundamentos, tudo o que for relevante para o deslinde da causa, sobretudo em razão da liberdade do juiz na apreciação das provas, conforme o art. 131, do CPC, que estabelece o princípio do livre convencimento motivado.

O magistrado deve indicar o porquê do indeferimento, pois, se a pretensão da parte não for expressamente vedada por lei, o magistrado não poderá deixar de decidir o pedido, inclusive preenchendo eventual lacuna legal, nos termos do art. 126, do CPC e dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil).

A mera referência à prova dos autos (documentos, testemunhas, etc...), sem qualquer análise concreta das provas e dos fatos frente à letra da lei, não atende ao princípio da fundamentação.

Não é só a sentença que exige fundamentação. Todas as decisões jurisdicionais devem ser motivadas, com exceção dos despachos de mero expediente, que não possuem conteúdo decisório. Neste sentido, o art. 165, do CPC, é claro ao estabelecer que, além das sentenças e acórdãos, as demais decisões devem ser fundamentadas, ainda que de modo conciso. Isto é

jurisdicionados decorrente da adequada fundamentação por meio das razões apropriadas.” (*Curso de Direito Constitucional*..., p. 514)

⁷³ Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci esclarecem que, do ponto de vista subjetivo, “a *motivação da sentença* tem por espoco imediato demonstrar ao próprio juiz, antes mesmo do que às partes, a *ratio scripta* que legitima o ato decisório, cujo teor se encontrava em sua intuição. Visa ela, outrossim, a persuadir o sucumbente ou o condenado da justiça do decidido, mostrando-lhe que o resultado do processo não é fruto de sorte ou do acaso, mas de verdadeira atuação da lei sobre os fatos levados à cognição judicial e comprovados, com a especificação da norma aplicável ao caso concreto.” (*Constituição de 1988 e Processo*..., p. 74)

fundamental, seja para a parte perdedora ter condições de recorrer de forma embasada, seja para o Tribunal entender e saber o que está julgando.

Em termos de fundamentação concisa, deve ser mencionado o art. 459, do CPC, que autoriza o magistrado, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, a decidir de forma concisa.

A concisão da fundamentação não pode ser confundida com a ausência de motivação. A falta de motivação (e não a sua concisão) impõe a nulidade da decisão nos termos do inciso IX do art. 93, da Constituição Federal.

Nelson Nery Junior observa que “normalmente a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade.”⁷⁴

Para que o princípio constitucional da motivação seja devidamente atendido, é necessário que todos os argumentos ou as teses, ainda que pareçam de menor relevância, sejam considerados no julgamento do caso, mesmo que sejam considerados para serem rejeitados. A nosso ver, não está de acordo com o art. 93, IX, da Constituição Federal, a decisão que rejeita a análise de todas as teses e argumentos invocados pelas partes, ao fundamento de que o juiz, para julgar a causa, não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes.

Neste sentido, o art. 476, parágrafo único, inciso IV⁷⁵, do Projeto do Novo Código de Processo Civil do Senado (PLS 166/2010), e o art. 499, §1º, IV⁷⁶, do Projeto da Câmara (PL 8.046/2010), dispõem que não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios...*, p. 293.

⁷⁵ “Art. 476. São requisitos essenciais da sentença: (...)

Parágrafo único. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: (...)

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.”

⁷⁶ “Art. 499. São elementos essenciais da sentença: (...)

§1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (...)”

O art. 994, §3º⁷⁷, do Projeto do Novo Código de Processo Civil da Câmara (PL 8.046/2010) dispõe que o conteúdo do acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas deverá abranger a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida.

É fundamental que todas as questões sejam analisadas pelo juiz, pois, do contrário, não há como se verificar o porquê do acolhimento de determinado fundamento e o porquê da rejeição dos demais. As razões de decidir devem revelar o prisma pelo qual o Poder Judiciário compreendeu os fatos, interpretou a lei, analisou todas as teses e argumentos para, na conclusão, acolher ou rejeitar o pedido.

Igualmente, não atende a este princípio, o deferimento ou indeferimento de liminares, exclusivamente, com base no jargão “à falta de amparo legal, indefiro a liminar” ou “presentes os requisitos legais, deferido a liminar”. Decisões desta natureza, muito comuns em mandados de segurança, possessórias, ações civis públicas, cautelares e em sede de tutela antecipada, são carentes de fundamentação e, portanto, nulas.

O magistrado deve expressar as razões que o levaram a formar o seu convencimento, seja pelo deferimento ou indeferimento do pedido da parte, e não se limitar, apenas, a repetir os termos da lei.

Os artigos 93, IX e X, da Constituição Federal, e 458, II, do CPC, são muito claros no sentido de que é dever do magistrado exteriorizar as razões, de fato e de direito, que o levaram a decidir a questão de determinada maneira.

2.4.10 O Princípio da Razoável Duração do Processo e os Meios que Garantem a Celeridade Processual

O princípio da razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade processual está previsto no inciso LXXVIII do art. 5º, da Constituição Federal, o qual dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁷⁷ “Art. 994. O incidente será julgado com a observância das regras previstas neste artigo. (...)

§3º. O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese discutida.”

Trata-se de dispositivo explicitado pela Emenda Constitucional 45/04, cujo conteúdo, não se pode negar, já fazia parte do ordenamento jurídico brasileiro, em razão do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), de 22.11.1969, por imposição do princípio do devido processo legal⁷⁸ e, no plano infraconstitucional, por conta do art. 125, II, do CPC, o qual determina que o Juiz deve velar pela rápida solução do litígio.

O princípio em análise explicita duas diretrizes: a primeira diz respeito à razoável duração do processo; a segunda, à celeridade dos meios (*técnicas*) processuais destinados a um julgamento realizado em prazo razoável.⁷⁹

O que este princípio quer, na verdade, é que os julgamentos ocorram em prazo razoável e que as técnicas e os meios processuais sejam racionalizados, otimizados e mais eficientes.⁸⁰

O Código de Processo Civil, ao longo de suas reformas, passou a contemplar diversas técnicas destinadas à celeridade dos atos processuais, dentre outras: a prioridade da tramitação dos processos em que figurem pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, prevista no art. 1.211-A; a tutela antecipada, prevista nos arts. 273 e 461, §3º; a permissão dada aos Tribunais

⁷⁸ Araken de Assis observa que “não se pode emprestar à explicitação do princípio da duração razoável do processo o caráter de novidade surpreendente e, muito menos, de mudança radical nos propósitos da tutela jurídica prestada pelo Estado brasileiro. Estudo do mais alto merecimento já defendera, baseado em argumentos persuasivos, a integração ao ordenamento brasileiro do direito à prestação jurisdicional tempestiva, por meio da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em síntese, o art. 8º, 1, do Pacto, prevendo tal direito, agregou-se ao rol dos direitos fundamentais, a teor do art. 5º, §2º, da CF1988. De acordo com a última regra, o catálogo formal não excluiria outros direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais. À luz desse raciocínio, a EC 45/2004 limitou-se a declarar um princípio implícito da Constituição. Ainda mais convincente se revelava a firme tendência de localizar na cláusula do devido processo (art. 5º, LV, da CF/1988) a garantia de um processo justo, inseparável da prestação da tutela jurisdicional no menor prazo de tempo possível nas circunstâncias.” (*Duração Razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil in Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 195)

⁷⁹ Cassio Scarpinella Bueno observa que o princípio da economia processual é um componente do princípio da razoável duração do processo e dos meios que garantem a celeridade da tramitação processual: “o que releva evidenciar é que o princípio da economia processual deve ser entendido como aquele segundo o qual a atividade jurisdicional deve ser prestada sempre com vistas a produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços. O ‘princípio da economia processual’, nos contornos que lhe deu o art. 5º, LXXXVIII, da Constituição Federal, já encontrava eco seguro no art. 125, II, do Código de Processo Civil.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...* v. 01, p. 179)

⁸⁰ É importante ressaltar, no entanto, de acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, que “o sistema perfeito, que ofereça segurança e tempestividade quanto ao resultado, não existe em país nenhum do mundo. A cada dia esse ideal vai-se tornando mais difícil de ser alcançado. A eliminação da distância entre os objetivos contidos no modelo e a realidade dos processos constitui o grande desafio do processualista, pois a demora excessiva na entrega da tutela jurisdicional representa verdadeira denegação de justiça, o que não se coaduna com o escopo da ciência processual.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 117)

para disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, prevista no parágrafo único do art. 154; a determinação de que todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, prevista no art. 154, §2º, trazido pela lei 11.419/2006, que dispôs sobre a informatização do processo judicial; a penhora *on line*, prevista no art. 655-A; etc. Todas estas técnicas e alterações legislativas, sem entrar no mérito de sua eficiência, tratam, pois, de dar celeridade a processo e viabilizar um julgamento realizado em prazo razoável.

O Projeto do novo Código de Processo Civil, tanto a versão do Senado (PLS 166/2010), quanto a versão da Câmara (PL 8.046/2010), revelando a acertada preocupação com a aplicação da razoável duração do processo e dos meios que garantem a celeridade de sua tramitação, dispõem, em seu art. 4º, que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral *da lide* (ou *do mérito*, como quer a versão da Câmara), incluída a atividade satisfativa”.

O tempo, pela sua inexorável influência na vida humana, é um dos valores mais importantes na resolução de um conflito⁸¹. A morosidade na resolução dos conflitos deve ser combatida. O processo deve contar com técnicas que lhe deem celeridade e que contribuam para um julgamento em tempo razoável.⁸²

De acordo com Luiz Fux, “o tempo é fato de denegação de justiça e sob essa ótica deve ser a exegese acerca dos poderes e deveres do juiz quanto à rápida solução dos litígios, quanto ao acesso à justiça na sua acepção efetiva e ao cumprimento do devido processo legal.”⁸³

⁸¹ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco observam que “a duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais.” (*Curso de Direito Constitucional...*, p. 500)

⁸² Sobre a morosidade do processo, Barbosa Moreira observa que a “demora dos processos tem causas tão numerosas, tão complexas (ousaríamos acrescentar: e tão mal individuadas nos respectivos pesos, pela carência de estatísticas judiciárias), que seria ambição vã querer encontrar no puro receituário processual remédio definitivo para a enfermidade. Entra aí em jogo longa série de questões: falhas da organização judiciária, deficiências na formação profissional de juízes e advogados, precariedade das condições sob as quais se realiza a atividade judicial na maior parte do país, uso arraigado de métodos de trabalho obsoletos e irracionais, escasso aproveitamento de recursos tecnológicos. É fácil imaginar o vulto dos investimentos financeiros imprescindíveis a qualquer tentativa séria de atacar em larga escala esse conjunto de problemas; e o mesmo se dá com relação a outros, também relevantíssimos do ponto de vista da ‘efetividade’ do processo, qual o da assistência judiciária aos necessitados, cujas dimensões parecem capazes de embaraçar até países de economia altamente desenvolvida – *a fortiori*, nações que nesse campo se debatem, como o Brasil, em dificuldades de toda sorte.” (*Notas sobre o Problema da “Efetividade” do Processo*. In: Temas de direito processual, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 31)

⁸³ *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 321.

Jorge W. Peyrano e María Carolina Eguren, sobre o anacronismo atual do processo, advertem que: “*moramos en el vértigo de la era global, en un mundo donde la vida transcurre bajo cronómetros y el proceso parece quedarse fuera del tiempo. Proceso que en su meollo anida la noción de tiempo y cuya idea original presupone el cumplimiento prolijo y exhaustivo de los plazos preestablecidos.*”⁸⁴

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, conforme os resultados obtidos com o estudo sobre o acesso à Justiça, afirmam que “em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.”⁸⁵

A celeridade dos meios destinados à razoável duração do processo, no entanto, não pode ser feita em detrimento dos valores, princípios e garantias constitucionais e processuais que devem, sempre, ser respeitados⁸⁶. A tutela jurisdicional deve ser prestada da forma mais rápida possível, porém sem deixar de atender aos preceitos constitucionais (devido processo legal, isonomia, contraditório e ampla defesa, juiz natural etc).^{87, 88}

⁸⁴ *El acceso a la ‘Jurisdicción Oportuna’*: Las medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal. Málaga: CEDMA, 2006, p. 583.

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça...*, p. 21.

⁸⁶ José Roberto dos Santos Bedaque sustenta que “não pode a lentidão do processo servir de fundamento para o abandono completo da técnica da cognição ordinária, que incorpora garantias fundamentais das partes. Perigosa, pois, admissibilidade da tutela de cognição sumária para determinadas situações, pois corre-se o risco de conferir privilégios a pessoas em detrimento de outras, o que implica tratá-las desigualmente.

De mais a mais, a cognição plena não é, por si só, a razão determinante da morosidade do processo. A crise do sistema tem outras raízes, a maioria delas de natureza extraprocessual. Por isso é preciso ponderar bem sobre a conveniência, em cada caso, de afastar a cognição plena e as garantias que a acompanham.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 295)

⁸⁷ João Batista Lopes aduz que a aparente diversidade entre os termos *celeridade* e *razoável duração* pode ser removida com interpretação ajustada aos fins perseguidos pela inovação no texto constitucional. O que se pretendeu, à evidência, não foi a celeridade processual a qualquer custo, mas sim a agilidade dos meios empregados para que a causa seja decidida em *tempo razoável*. Como o conceito de razoável duração do processo é indeterminado, só o exame do caso concreto permitirá fixá-lo concretamente. Por exemplo, em se tratando de uma sustação de protesto, terá o juiz de decidir em poucas horas, sob pena de sacrifício do direito *sub judice*. Se, ao revés, a discussão for sobre a ocorrência de dano ambiental (por exemplo, poluição de rio), certamente não será possível solução pronta e

Barbosa Moreira observa que “se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor e preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”⁸⁹

Eduardo Oteíza observa que “*la anormal duración del proceso comporta una denegación de justicia, por lo cual debe reducirse al mínimo posible. Sin embargo, la celeridad no debe traducirse en mengua del derecho de defensa ni de las garantías del debido proceso.*”⁹⁰

O princípio em questão tem efeitos imediatos sobre situações individuais, justificando, inclusive, a concessão de medidas antecipatórias e, até mesmo, o reconhecimento da consolidação de uma dada situação com fundamento na segurança jurídica⁹¹. A busca por um julgamento mais rápido, no entanto, não pode suprimir ou reduzir garantias e/ou violar princípios jurídicos.

2.4.11 O Princípio da Efetividade do Processo

O termo *efetividade do processo* é de origem latina oriunda do verbo *efficere*, que significa realizar, tornar concreto, fazer⁹². O princípio da efetividade decorre do inciso XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, o qual assegura que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Alcides Munhoz da Cunha registra que “o *princípio da efetividade da jurisdição* está ínsito à própria razão da existência da atividade jurisdicional nos estados democráticos, encontrando-se vinculado ao princípio da inafastabilidade ou do acesso à justiça, nos princípios

imediate ante a notória complexidade da matéria. De todo o exposto, pode-se esboçar tentativa de conciliação entre *celeridade processual* e *razoável duração do processo*: o processo deve durar o tempo necessário para cumprir seus fins, sem dilações indevidas ou diligências inúteis. (*Tutela Antecipada no processo civil brasileiro...*, p. 45)

⁸⁸ Oportuna é a observação de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, no sentido de que “o dilema de ontem entre a segurança e a celeridade, hoje é um falso dilema. A rapidez, sem dúvida, deve ser priorizada, com o mínimo de sacrifício da segurança dos julgados. Da exacerbação do fator segurança, como ocorre em regra no nosso sistema, não decorre maior justiça das decisões. É perfeitamente possível priorizar a rapidez e ao mesmo tempo assegurar justiça, permitindo que o vencedor seja aquele que efetivamente tem razão.” (*Acesso à Justiça...*, p. 81)

⁸⁹ *O Futuro da Justiça: Alguns Mitos*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº. 6, 2000, p. 39.

⁹⁰ *Las Tutelas Cautelares Y Antecipadas*, in *Derecho Procesal Contemporáneo*, Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo I, Santiago: Thomson Reuters – Puntotex, 2010, p. 397.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 500.

⁹² LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no processo civil brasileiro...*, p. 44.

da eficiência da atividade pública, na previsão da assistência judiciária e defensoria pública, tudo com vistas a prestar tutela jurisdicional adequada a todos que dela necessitem, tendo ainda a própria Constituição se preocupado em prever remédios ou ações constitucionais para imprimir maior garantia e maior efetividade a certas pretensões valoradas pela ordem pública como merecedoras de um tratamento absolutamente eficiente, tais como o mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular e ações coletivas.”⁹³

Este princípio enuncia que os resultados do processo devem ser efetivos e concretos, isto é, uma vez reconhecido o direito no plano processual, os seus efeitos devem ser refletidos no plano material (ou seja, “fora” do processo e na vida dos jurisdicionados).

Cândido Rangel Dinamarco bem exemplifica a necessidade que o processo seja efetivo ao observar que “a tutela jurisdicional não consiste na prolação da sentença em si mesmo, mas é *produzida* por ela e pelos efeitos que projeta sobre a vida das pessoas (...). A tutela jurisdicional consiste na efetiva concretização, em benefício do vencedor, de uma situação melhor que a existente antes do processo e do provimento jurisdicional que ali o juiz emite. A sentença de mérito é o *meio* de oferta dessas situações melhores por obra dos juízes, ou seja, modo de oferecer a tutela jurisdicional. Esta, em si mesma, não se confunde com a sentença que a concede nem é rigorosamente correto afirmar que *sempre* sentença produza a tutela programada em abstrato pelo direito positivo: uma condenação não satisfeita pelo obrigado e não levada à execução ficou a meio caminho e não ofereceu tutela plena ao credor.”⁹⁴

José Roberto dos Santos Bedaque chama a atenção para o fato de que “entre os direitos fundamentais da pessoa encontra-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor de seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea.”⁹⁵

As decisões processuais, além de projetarem seus efeitos para o plano material (isto é, “fora” do plano processual), devem ser proferidas de forma *célere, tempestiva e adequada*. A

⁹³ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil...*, p. 365.

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 203.

⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 310.

“celeridade” é, também, um componente da efetividade do processo⁹⁶, porquanto efetividade traduz-se, ainda, no atingimento do resultado do processo com o mínimo de dispêndio de tempo e energia.

Luiz Fux observa que o processo efetivo é aquele que confere, no menor lapso de tempo, a solução adequada ao conflito levado à submissão decisória da justiça. Compõe-se o binômio “fazer bem e depressa” ou “rapidez e segurança”, a que se referia a doutrina clássica do processo cautelar. O processo, enfim, será tanto mais eficaz quanto mais rápido for o seu resultado.⁹⁷

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro adverte que “o maior inimigo da efetividade nos dias de hoje é o tempo. Quanto mais demorado for o processo, menor será a utilidade do vencedor de poder usufruir o bem da vida.”⁹⁸

Couture observa que o tempo no processo é mais do que ouro, é justiça⁹⁹. Adverte o doutrinador uruguaio que *“quien dispone de él tiene en la mano las cartas de triunfo. Quien no puede esperar, se sabe de antemano derrotado. Quien especula con el tiempo preparar su insolvencia, para desalentar a su adversario, para desinteresar a los jueces, gana en ley de fraude lo que no podría ganar en ley de debate. Y fuerza es convenir que el procedimiento y sus innumerables vicisitudes, viene sirviendo prolijamente para esta posición.”*¹⁰⁰

Os demais princípios até aqui abordados se preocupam, em suma, com as condições efetivas de ingresso no Judiciário e obtenção da tutela jurisdicional; o princípio da efetividade do processo volta-se mais aos resultados práticos do reconhecimento do direito no plano material, exterior ao processo. O processo civil deve ser de resultados, com foco na tutela jurisdicional, cujos efeitos sejam adequada e tempestivamente sentidos no plano material.

⁹⁶ Luiz Fux sustenta que a celeridade é um componente do princípio da efetividade: “desígnio maior do processo, além de dar razão a quem efetivamente a tem, é fazer com que o lesado tenha recomposto o seu patrimônio pelo descumprimento da ordem jurídica, sem que sinta os efeitos do inadimplemento, por isso que compete ao Estado repor as coisas ao *statu quo ante* utilizando-se de meios de sub-rogação capazes de conferir à parte a mesma utilidade que obteria pelo cumprimento espontâneo.

Além dessa finalidade genérica, inegável é o requisito da celeridade na prestação jurisdicional como integrante da efetividade, tanto que só se considera uma justiça efetiva aquela que confere o provimento contemporaneamente à lesão ou ameaça de lesão ao direito. (...)” (*Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 138)

⁹⁷ *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 52.

⁹⁸ *Acesso à Justiça...*, p. 81.

⁹⁹ *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. “Impressora Uruguaya” S.A., Distribuidores: Editorial Depalma Buenos Aires, 1945, p. 37.

¹⁰⁰ *Proyecto de Código de Procedimiento Civil...*, p. 37.

A proibição da autotutela privada impõe ao Estado a obrigação de tutelar efetivamente os conflitos apresentados pelos jurisdicionados¹⁰¹. O processo, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional e método de atuação do Estado, deve gerar o resultado mais próximo que se verificaria se o direito tivesse sido voluntariamente obedecido ou se a autotutela não tivesse sido proibida.¹⁰²

Cassio Scarpinella Bueno adverte que “um processo só pode ser efetivo desde que predisposto a externar suficiente e adequadamente seus resultados. Para que estes efeitos, estes resultados obteníveis pelo processo, sejam sentidos no plano a ele exterior, pressupõe-se uma nova concepção de mecanismos de proferimento, de atuação e de realização concreta das decisões jurisdicionais (de técnicas processuais, portanto), que é um dos temas mais discutidos na atualidade. Desta forma, temas como a necessidade de novos procedimentos especiais para a tutela de determinados direitos materiais; novas regras procedimentais que distribuam melhor o tempo ao longo do processo com aceleração do proferimento das decisões jurisdicionais e de sua realização concreta; aumento dos poderes dos magistrados; novas técnicas de atuação das decisões jurisdicionais.”¹⁰³

Vale reiterar a sempre precisa lição de Liebman, ecoada por Cândido Rangel Dinamarco: é preciso pensar e praticar o processo como um sistema *formal e não formalista*, mas sem indulgências exageradas que possam prejudicar a segurança nas relações entre os sujeitos e,

¹⁰¹ Teori Albino Zavascki registra que “sob a denominação de *direito à efetividade da jurisdição* queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização *fática* da sua vitória. O estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir – tanto quanto seja possível – a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.” (*Antecipação da Tutela*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66)

¹⁰² Sobre esse ponto, Eduardo Oteiza bem adverte que “*el problema, en contextos marcados por las restricciones estructurales de la justicia, reside en encontrar puntos de equilibrio entre mecanismos para agilizar la respuesta judicial sin vaciar de contenido el derecho a un debido proceso. El Estado debe cumplir con su obligación de brindar estructuras judiciales y vías procesales eficientes. La reticencia del Estado en cumplir con su deber no puede hacer perder de vista que el derecho sustancial al debido proceso tiene una profunda base democrática que legitima la decisión Estatal coactiva.*” (*Las Tutelas Cautelares Y Anticipadas*, in *Derecho Procesal Contemporáneo*, Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo I, Santiago: Thomson Reuters – Puntotext, 2010, p. 399)

¹⁰³ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 01, p. 186.

portanto, a boa qualidade dos resultados a serem oferecidos. Essa é a lei do equilíbrio imposto pela garantia constitucional do *due process of law*, em associação com a promessa de tutela jurisdicional.¹⁰⁴

Por tal razão, é comum a associação entre o princípio da efetividade do processo e o da inafastabilidade da jurisdição. O processo efetivo deve ser compreendido no sentido da materialização dos direitos individuais ou coletivos. Sem a efetividade do processo, o acesso à Justiça se transforma em mera garantia formal e inócua.¹⁰⁵

2.5 DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA: TÉCNICA A FAVOR DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

O processo civil é instrumento de realização do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais nele compreendidos¹⁰⁶, razão pela qual reclama o comprometimento do processualista com a sua efetividade, sem a qual não possui condições de bem realizar a sua função.

O processo civil deve contar com instrumentos que lhe atribuam efetividade. A efetividade está ligada à existência de meios hábeis a tutelar a ameaça ou a lesão a direitos. A ordinarização do processo civil¹⁰⁷ provou-se insuficiente para resolver os conflitos levados ao Judiciário¹⁰⁸. A efetividade do processo diz respeito à sua aptidão para alcançar a finalidade para a qual foi constituído.

¹⁰⁴ *Instituições de Direito Processual Civil...*, v. II, p. 530.

¹⁰⁵ Sobre o direito de ação e o princípio da efetividade, Mabel de los Santos e Petrônio Calmon registram que “*cuando aludimos al derecho a la tutela efectiva no circunscribimos el análisis al derecho de acción, pues para reunir la condiciones que se exigen a esa tutela, el derecho de acción debe complementarse con el derecho al proveimiento y a los medios ejecutivos capaces de dar efectividad al derecho sustancial Tal efectividad debe ser, además, oportuna y, en algunos casos, tener la posibilidad de ser preventiva, ante la mera ‘amenaza a un derecho’ y para impedir su violación.*” (*Informe General sobre Tutelas Urgentes y Cautela Judicial...*, p. 368)

¹⁰⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios...*, p. 64.

¹⁰⁷ Há muito que se questiona a efetividade do procedimento ordinário com técnica suficiente para atender os anseios dos jurisdicionados. José Rogério Cruz e Tucci, em sua obra *o Tempo*, registra que “*dentre muitas e abalizadas opiniões convergentes, conclui-se que o procedimento ordinário do processo civil, como técnica universal de solução de litígios, deve ser substituído, na medida do possível, por outras estruturas procedimentais, mais condizentes com a espécie de direito material a ser tutelado.*” (*Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 120)

¹⁰⁸ Interessante a observação de Mabel de los Santos e Petrônio Calmon sobre a falta de diversificação dos graus de cognição do direito primitivo: “*tradicionalmente los procesos han sido clasificados sobre la base del principio de cognición, vale decir en función del grado de conocimiento que el juez debe asumir frente a las situaciones jurídicas que se plantean en los procesos, a los fines de emitir la sentencia. El derecho primitivo no conocía la diversificación*

De acordo com Barbosa Moreira, a efetividade do processo pode ser resumida pelos seguintes aspectos: *a)* o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados aos direitos contemplados no ordenamento; *b)* estes instrumentos devem ser utilizáveis pelos interessados; *c)* deve-se assegurar a possibilidade de reconstituição dos fatos relevantes para o convencimento do julgador, aproximando-se a decisão da realidade; *d)* o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa o pleno exercício do direito reconhecido; e *e)* este resultado deve ser atingido com o mínimo de dispêndio de tempo e energias.¹⁰⁹

Não foram poucas as reformas no Código de Processo Civil que contribuíram para a efetividade da tutela jurisdicional, como, por exemplo, a reforma de 1994¹¹⁰ (Lei 8.952/1994), que instituiu a tutela antecipada (arts. 273 e 461, §3º, do CPC), a reforma de 2005 (Lei 11.232/2005), que instituiu o cumprimento de sentença (art. 475-I e seguintes, do CPC), e a reforma de 2006 (Lei 11.382/2006), que alterou o regime das execuções extrajudiciais.

As técnicas e institutos processuais, devidamente compreendidos e bem utilizados, possuem a finalidade de atribuir efetividade ao processo, de modo que as decisões nele proferidas surtam efeitos no plano material, tempestiva e adequadamente.

Os efeitos do processo devem ser sentidos no plano material, fora do plano processual¹¹¹. É necessário, ainda, que estes efeitos se projetem para fora do processo a seu tempo e modo

de los procesos; el conflicto de intereses, cualquiera fuese su contenido, su valor, su trascendencia o su carácter, era decidido mediante un solo y único procedimiento de carácter ecuménico. (...)” (Informe General sobre Tutelas Urgentes y Cautela Judicial..., p. 372)

¹⁰⁹ Notas sobre o Problema da “Efetividade” do Processo in Temas de direito processual, São Paulo: Saraiva, 1984, págs. 27-28.

¹¹⁰ Sobre a reforma de 1994, Cândido Rangel Dinamarco observa que entre as modificações implantadas, algumas limitaram-se a retocar a disciplina de alguns temas, conforme constava do texto do Código de Processo Civil, enquanto outras caracterizaram-se como autênticas inovações chegando a ser revolucionárias em alguns pontos. Destas, as mais significativas foram a que trouxe ao processo civil brasileiro a *audiência preliminar* (art. 331), a que instituiu a *tutela jurisdicional antecipada* com amplitude geral e mediante um verdadeiro poder geral de antecipação outorgado aos juízes (art. 273), a que criou um novo modo de execução relativas às *obrigações de fazer ou de não fazer* (art. 461), a que criou nova sistemática para o *agravo de instrumento* interposto contra decisões de primeiro grau (art. 523 etc), a que eliminou a *liquidação por cálculo do contador* (art. 604) e a que implantou uma nova espécie de processo, o *monitório* (arts. 1.102-A, 1.102-B e 1.102-C). (*A Reforma da Reforma*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17)

¹¹¹ Cassio Scarpinella Bueno adverte que “não basta só que o juiz profira, por exemplo, ‘sentença’ que reconheça a existência de lesão ou de ameaça ao direito do autor. Isto não é, em todo e qualquer caso, suficiente para que ele entregue, ao jurisdicionado que é titular daquele direito, ‘tutela jurisdicional’. É mister que o que estiver reconhecido na sentença possa surtir efeitos práticos e palpáveis para ‘fora’ do processo, isto é, no plano a ele exterior. A ‘tutela jurisdicional’, destarte, impõe que ela seja sentida, para ser efetiva, no plano material, fora, exterior ao plano do processo. É vazio de significado a compreensão de que a ‘tutela jurisdicional’ contenta-se com o plano do próprio

adequados, na exata medida para impedir afastar a ameaça ou impedir a ocorrência de lesão a direito.

A tutela prestada por meio do processo civil deve ser adequada à necessidade da proteção do direito ameaçado ou lesado. Simplificando, o processo civil deve contar com instrumentos capazes de tutelar, adequada e tempestivamente, o direito material, ou seja, o plano fático do cotidiano das pessoas.¹¹²

O dever-poder geral de cautela, assim entendido, possui especial função no que se refere à efetividade do processo, porquanto é através de sua aplicação que o juiz poderá “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (art. 798, do CPC).

José Roberto dos Santos Bedaque esclarece que “existe, pois, nexos intenso entre a tutela cautelar e o escopo de efetividade do processo, pois é mediante essa via que se assegura ao titular de um direito a possibilidade de obter, em sede jurisdicional, resultado próximo daquele que a satisfação voluntária lhe traria.”¹¹³

Na Espanha, Joan Picó I Junoy observa que “*uno de los temas que recientemente está adquiriendo más protagonismo en España es el de la configuración constitucional de la tutela cautelar; esto es, si existe un derecho fundamental autónomo que garantice siempre la posibilidad de exigir en cualquier tipo de proceso una medida cautelar que proteja el derecho reclamado en juicio. Y en este sentido, el Tribunal Constitucional español ya ha tenido ocasión de pronunciar alguna doctrina: así, ha indicado que la tutela judicial no puede ser ‘efectiva’ sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso (...). Por ello, esta jurisprudencia destaca que el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar*

processo civil. De nada adianta declarar que um direito é digno de ‘tutela’, de ‘proteção’, se esta mesma ‘tutela’, esta mesma ‘proteção’ não é efetiva, no sentido de *realizada, concretizada, atuada* sobre o direito que está fora do processo.” (Curso..., v. 01, p. 309)

¹¹² José Rogério Cruz e Tucci registra que diante do desafio para o aprimoramento do sistema jurisdicional, os processualistas procuram encontrar um equilíbrio, tanto quanto possível harmônico, entre técnica de tutela substancial e assecuração das garantias processuais. (Tempo e Processo..., p. 121)

¹¹³ Tutela Cautelar e Tutela Antecipada..., p. 231.

la efectividad de la sentencia, pues así vendría a privarse a los justiciables de una garantía que se configura como contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (...).”¹¹⁴

Teresa Armenta Deu, precisamente, adverte que “*el derecho a la tutela judicial efectiva incluye un derecho a la tutela judicial cautelar que el propio Tribunal ha definido como derecho de configuración legal (...)*”¹¹⁵

Convém alertar, no entanto, que a efetividade do processo não pode ser buscada a qualquer custo¹¹⁶. Devem ser respeitados garantias e princípios processuais, bem como os valores jurídicos incorporados pelo Estado brasileiro.

O processo civil, no entanto, deve cumprir a sua função: além de método de atuação do Estado, o processo civil deve, na qualidade de instrumento, viabilizar a prestação da tutela do direito material, inclusive para as novas categorias de direito que, muitas vezes, exigem soluções urgentes. Por tais motivos, as técnicas processuais devem, harmonicamente, conferir efetividade às decisões do processo e respeitar as garantias e os princípios jurídicos.

O dever-poder geral de cautela, pois, dentro da sua função de norma de fechamento do sistema, como se verá adiante, tem o papel de, dentre as demais técnicas processuais, conferir efetividade ao processo, sem que os princípios e garantias das partes sejam desprezados.

¹¹⁴ *Tutelas Urgentes Y Cautela Judicial en La Ley de Enjuiciamiento Civil Española*, in *Derecho Procesal Contemporáneo*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 477.

¹¹⁵ *Las Medidas Cautelares*, in *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, segunda edición, Marcial Pons, 2004, p. 517.

¹¹⁶ Sobre a efetividade do processo e a segurança jurídica, Alcides Munhoz da Cunha esclarece que “o estado latente de tensão entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição pressupõe a necessidade de uma *solução harmonizadora*, consistente na previsão de tutelas sumárias, tutelas provisórias e urgentes, cujos fundamentos defluem, pois, da ordem constitucional e existiriam independentemente da previsão de normas expressas no direito positivo, como regra pertinente ao dever do juiz prover na existência de lacunas do ordenamento, ou do dever de perseguir a celeridade do provimento ou ainda de prover com base no poder geral de segurança, à luz dos artigos 798 e 273, do CPC para decretar medidas cautelares ou sumárias, adequadas, ainda que provisórias, urgentes, sendo que a sumarização haverá de ocorrer nas hipóteses em que houver expressa previsão legislativa, enquanto a tutela cautelar opera no campo residual, quando cabe ao juiz formular, caso a caso, em situações de extrema urgência, a solução adequada ao caso concreto.” (*Comentários ao código de processo civil...*, p. 368)

3 A TUTELA CAUTELAR NO DIREITO COMPARADO

3.1 EM PORTUGAL

As tutelas cautelares em Portugal, tal como no Brasil, são divididas em duas categorias: as nominadas e as inominadas. Neste sentido, Carlos Manuel Ferreira da Silva ensina que o legislador português segue uma técnica que consiste em estabelecer um procedimento cautelar comum e vários procedimentos cautelares específicos, os quais são detalhados pelo Código de Processo Civil.¹¹⁷

O referido processualista português esclarece, ainda, que o procedimento cautelar comum aplica-se, apenas, quando se pretende acautelar um risco de lesão que não esteja especialmente determinado por alguma cautelar nominada (tais como: restituição provisória de posse, suspensão de deliberações sociais, alimentos provisórios, arbitramento de reparação provisória, arresto, embargos de obra nova e arrolamento - v. n.º 3, do art. 362º do CPC português).¹¹⁸

O Poder Geral de Cautela, em Portugal, está positivado no artigo 362º, n.º 1, do CPC, que assim dispõe: *“sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado.”*

Além do fato deste artigo do CPC português ser bastante semelhante ao nosso artigo 798, do CPC, chama atenção a possibilidade de se requerer não só providências *conservatórias*, como também as *antecipatórias*. Trata-se de uma inovação decorrente da reforma ocorrida no ano de 1997, promulgada pelos Decretos-leis n.ºs. 329-A/95, de 12/02 e 180/96, de 25/09.

Em nossa visão, é uma inovação totalmente acertada, haja vista que a necessidade de medidas antecipatórias, em sede cautelar, não deve ser um óbice ao exercício do dever-poder geral de cautela, sob pena de se impedir o acesso à tutela jurisdicional adequada. A questão que se coloca é: se a parte, para evitar a ocorrência de um dano, necessitar de providência antecipatória, por qual razão haver-se-ia de negá-la?

¹¹⁷ *Tutela provisória no processo civil in Problemas Actuales del processo iberoamericano*, Tomo I, Málaga: CEDMA, 2006, p. 504.

¹¹⁸ *Id.*, p. 504.

Sobre o “*procedimento*” cautelar, este é sempre dependente da causa principal, podendo ser preparatório ou incidental, conforme preceitua o art. 364º, nº. 1¹¹⁹, do CPC português. O art. 366º, nº. 1¹²⁰, do CPC português, dispõe que o Tribunal deve ouvir a parte requerida, antes da concessão da tutela cautelar, exceto quando a sua oitiva puder prejudicar a eficácia da tutela.

O juiz poderá indeferir a medida liminar requerida, quando os prejuízos a serem suportados pela parte requerida excedam consideravelmente o dano que a parte requerente pretende evitar, conforme o art. 368, nº. 2¹²¹, do CPC português.

O art. 369, nº. 1¹²², trata do que o Código chamou de “inversão do contencioso”, que consiste na dispensa, requerida pelo requerente da tutela cautelar, da propositura da ação principal. O requerido, no entanto, poderá ajuizar a demanda destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à sua intimação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio, nos termos do art. 371º, 1¹²³, do CPC português. Trata-se de outra grande inovação no procedimento das tutelas cautelares.

Nos termos do art. 371, a¹²⁴, do CPC português, é cabível recurso contra a decisão concessiva da providência cautelar. O art. 374, nº. 1¹²⁵, do CPC português trata da responsabilidade do requerente da medida, que responderá pelos “*danos culposamente causados ao requerido, quando não tenha agido com a prudência normal.*”

¹¹⁹ “Art. 364º, nº. 1 - Exceto se for decretada a inversão do contencioso, o procedimento cautelar é dependência de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de ação declarativa ou executiva.”

¹²⁰ “Art. 366, nº. 1 - O tribunal ouve o requerido, exceto quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência.”

¹²¹ “Art. 368, nº. 2 - A providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal, quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar.”

¹²² “Art. 369, nº. 1 - Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ônus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.”

¹²³ “Art. 371, 1 - Sem prejuízo das regras sobre a distribuição do ônus da prova, logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, é o requerido notificado, com a advertência de que, querendo, deve intentar a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio.”

¹²⁴ “Art. 371º, a) - Recorrer, nos termos gerais, do despacho que a decretou, quando entenda que, face aos elementos apurados, ela não devia ter sido deferida.”

¹²⁵ “Art. 374, nº. 1 - Se a providência for considerada injustificada ou vier a caducar por facto imputável ao requerente, responde este pelos danos culposamente causados ao requerido, quando não tenha agido com a prudência normal.”

Por fim, dentre os aspectos mais relevantes – e sem a pretensão de esgotar o tema –, o juiz, sempre que entender conveniente em face das circunstâncias, poderá exigir, do requerente da medida, a prestação de caução, nos termos do art. 390, nº. 2¹²⁶, do CPC português, tal como no Brasil.

3.2 NA ESPANHA

Na Espanha, o art. 721, nº. 1, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*¹²⁷ (“LEC”), que é o código de processo civil espanhol, dispõe que todo autor, inclusive o réu em sede de reconvenção, poderá requerer a adoção de medidas cautelares necessárias para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional a ser concedida no julgamento da ação principal.¹²⁸

A LEC veda, no entanto, a concessão de ofício de medidas cautelares e a concessão de medidas mais gravosas, para o requerido do que o dano que o requerente pretende evitar (art. 721, nº. 2¹²⁹).

A competência para conhecer das medidas cautelares é do Juízo em que tramitará ou estiver tramitando a demanda principal (art. 723, nº. 1¹³⁰, da LEC), tal como no direito brasileiro (art. 800, do CPC brasileiro).

O artigo 726¹³¹ da LEC dispõe que as medidas cautelares devem ser (i) adequadas a possibilitar a eficácia da tutela jurisdicional buscada na ação principal; e (ii) a opção menos gravosa ou prejudicial ao requerido.

¹²⁶ “Art. 374, nº. 2 - Siempre que o julgue conveniente em face das circunstâncias, pode o juiz, mesmo sem audiência do requerido, tornar a concessão da providência dependente da prestação de caução adequada pelo requerente.”

¹²⁷ Joan Picó I Junoy, revelando a preocupação da doutrina e jurisprudência espanholas sobre as cautelares, afirma que “*la reciente promulgación en España de una nueva LEC (la anterior tuvo más de un siglo de vigencia – 1881) ha conducido a que tanto la doctrina como la jurisprudencia se hayan centrado en el estudio de la configuración legal de la tutela cautelar: características y presupuestos, distinción entre medidas cautelares asegurativas y anticipatorias, procedimiento aplicable, etc. (Tutelas Urgentes Y Cautela Judicial en La Ley de Enjuiciamiento Civil Española, in Derecho Procesal Contemporáneo, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 477).*”

¹²⁸ “Art. 721, 1 - Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.”

¹²⁹ “Art. 721, nº. 2. Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas.”

¹³⁰ “Art. 723, 1 - Será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal. (...)”

Joan Picó I Junoy observa que, na Espanha, existem as medidas cautelares clássicas (conservativas) e as medidas cautelares anticipatórias¹³². As medidas anticipatórias estão previstas no art. 727¹³³, da LEC, que trata das cautelares específicas. Estas medidas são, basicamente, medidas de abstenção e ordens de cessação ou proibição (art. 727, 7º, da LEC); intervenção e depósito de ingressos (art. 727, 8º, da LEC); depósito de exemplares de obras e objetos produzidos em violação à propriedade intelectual e industrial (art. 727, 9º, da LEC) e a suspensão de deliberações societárias (art. 727, 10º, da LEC).

O art. 727, nº. 11¹³⁴, da LEC, autoriza, para a proteção de certos direitos, a adoção pelo juiz de outras medidas, estejam elas previstas ou não em lei, desde que se façam necessárias para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional a ser buscada na ação principal.

Em regra, o requerente da medida cautelar deverá prestar caução suficiente para garantir os danos sofridos pelo requerido por conta do deferimento da medida, de acordo com o art. 728,

¹³¹ “Art. 726. Características de las medidas cautelares.

1. El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características:

1.ª Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

2.ª No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.”

¹³² En España han sido legisladas las clásicas medidas cautelares (Arts. 721 a 747 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 6 enero – en adelante LCE –); y las medidas anticipatorias (Art. 727. 7ª a 10ª LEC). (Tutelas Urgentes Y Cautela Judicial en La Ley de Enjuiciamiento Civil Española..., p. 473)

¹³³ “Artículo 727. Medidas cautelares específicas. (...)

7.º La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

8.º La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

9.ª El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

10.ª La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial. (...)”

¹³⁴ “Art. 727, nº. 11.ª Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.”

nº. 3¹³⁵, da LEC. O juiz (ou tribunal) detém a prerrogativa de determinar a caução a ser prestada, levando em conta, basicamente, a natureza e o conteúdo da medida.

As cautelares, na Espanha, tal como no Brasil, podem ser ajuizadas previamente ou incidentalmente à ação principal. Como regra, o requerido deve ser ouvido antes da concessão das medidas cautelares, salvo quando, em havendo urgência, a oitiva do requerido possa comprometer a efetividade da medida cautelar, hipótese em que o juiz (ou tribunal) poderá conceder a medida cautelar sem a oitiva do demandado (art. 733¹³⁶, da LEC).

De forma semelhante ao que ocorre no Brasil e em Portugal, a LEC, em seu art. 746, prevê a possibilidade de substituição da medida cautelar por caução oferecida pelo requerido; é a chamada *caución sustitutoria*.¹³⁷

A LEC, de forma bastante diferente do nosso sistema, prevê que, em casos de concessão de medida cautelar sem a oitiva da parte contrária, não caberá nenhum recurso pelo requerido, porquanto ele deverá impugnar a decisão concessiva da medida em primeiro grau, perante o próprio juiz que a concedeu (arts. 733, 2, II e 739, LEC). Quando a medida cautelar é concedida com a oitiva da parte contrária, aí sim, caberá “*recurso de apelación*” para o tribunal, sem efeito suspensivo (art. 735,1, LEC).¹³⁸

¹³⁵ “Art. 728. Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución.

3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión ya la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.”

¹³⁶ “Art. 733. Audiencia al demandado. Excepciones.

1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado. (...)”

¹³⁷ “Artículo 746. Caución sustitutoria.

1. Aquél frente a quien se hubieren solicitado o acordado medidas cautelares podrá pedir al tribunal que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación por su parte de una caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare. (...)”

¹³⁸ “Contra la decisión judicial que acuerda una medida anticipatoria sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno, pues el demandado tiene el trámite posterior de oposición a la medida adoptada (Arts. 733.2.II y 739 LEC).”

Contra la decisión judicial que acuerda la medida anticipatoria con audiencia del demandado, cabe recurso de apelación, sin efectos suspensivos (art. 735.1 LEC).” (PICÓ I JUNOY, Joan. *Tutelas Urgentes Y Cautela Judicial en La Ley de Enjuiciamiento Civil Española...*, p. 476)

Por fim, nas hipóteses de improcedência do pedido, devem ser revogadas todas as medidas antecipatórias adotadas, condenando-se o requerente ao pagamento dos danos que estas medidas possam ter causado.¹³⁹

3.3 NA ITÁLIA

Na Itália, assim com no Brasil e em Portugal, as cautelares são divididas em *típicas* e *atípicas*¹⁴⁰, ¹⁴¹. Elas podem ser concedidas antes ou durante o curso do processo principal¹⁴² e podem ser *conservativas* ou *antecipatórias*, a depender da natureza do *periculum in mora* que se pretende tutelar.

A doutrina italiana classifica o *periculum in mora* em duas espécies: (i) “*pericolo da infruttuosità*”, que diz respeito aos provimentos cautelares conservativos, destinados a assegurar o êxito do processo de execução ou a produção dos efeitos decorrentes da sentença do processo de cognição plena; e (ii) “*pericolo da tardività*”, que diz respeito aos provimentos destinados a evitar que a demora do processo prejudique ou torne inútil os efeitos decorrentes da sentença final.

Quando se está diante do “*pericolo da infruttuosità*”, as medidas cautelares devem ser conservativas, pois destinam-se a assegurar a fruição da sentença de mérito proferida em processo de cognição plena ou a efetividade da ação de execução.

Quando se está diante do “*pericolo da tardività*”, as medidas cautelares são antecipatórias, pois destinam-se a evitar que a demora decorrente do processo principal

¹³⁹ “Finalmente, cuando haya una sentencia absolutoria firme, deben alzarse de oficio todas las medidas anticipatorias adoptadas, condenándose al actor al pago de los daños y perjuicios que dichas medidas hayan podido ocasionar (Art. 745.I LEC).” (PICÓ I JUNOY, Joan. *Tutelas Urgentes Y Cautela Judicial en La Ley de Enjuiciamiento Civil Española*..., p. 476)

¹⁴⁰ Proto Pisani observa que, para se compreender o sistema de tutela cautelar atualmente vigente na Itália e no processo civil, é oportuno notar que em abstrato são pensáveis dois sistemas: o primeiro, totalmente atípico, o segundo típico, mas temperado por uma medida cautelar atípica de caráter residual. (*Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Quinta edizione, Napoli: Jovene Editore, tradução Carolina Beraldo, 2006, p. 603)

¹⁴¹ Luiz Fux observa que “não obstante a doutrina genuína de Calamandrei e o projeto de Carnelutti, o sistema peninsular distingue o poder geral de cautela das medidas específicas, como, v.g., o sequestro conservativo e o sequestro *giudiziario*. (*Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 171)

¹⁴² RICCI, Edoardo. *A evolução da tutela urgente na Itália in Tutelas de urgência e Cautelares*, coord. Donaldo Armelin, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 379.

prejudique a satisfação futura dos efeitos decorrentes da sentença de mérito proferida no processo de cognição plena.

O dever-poder geral de cautela está previsto no artigo 700 do Código de Processo Civil italiano, o qual dispõe que *“Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da um pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere com ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti dela decisione sul merito.”*¹⁴³

Luiz Fux registra que o artigo 700, do CPC italiano, que trata dos ‘*provvedimenti d’urgenza*’, é de inspiração carneluttiana porque calcado no art. 324 de seu projeto, que consagra o Poder Geral de Cautela do juiz.¹⁴⁴

Tal como no Brasil, Edoardo Ricci observa que, para a concessão da tutela cautelar, requer-se a presença do *fumus boni iuris*, além do *periculum in mora*, indicado expressamente pelo art. 700, do CPC italiano¹⁴⁵.

Segundo Proto Pisani, os provimentos de urgência, extraídos do art. 700, do CPC italiano, constituem uma inovação entre as mais importantes do CPC italiano de 1942, porquanto trata do Poder Geral de Cautela. Quando em vigor o CPC de 1865, faltava, além das medidas cautelares típicas (e dos procedimentos sumários típicos), a previsão de uma medida cautelar atípica do mesmo modo que o previsto pelos arts. 935 e 940, da ZPO alemã, e dos arts. 806 e seguintes do CPC francês de 1806 (*référé*).

Tal carência foi denunciada energicamente. Chiovenda tentou dessumir, em via de interpretação sistemática, a existência de um provimento provisório de cautela, de caráter geral, em que fosse deixada ao juiz a valoração em relação à oportunidade do provimento e à sua natureza. Esta proposta interpretativa, não obstante as críticas muito duras da doutrina e do dissenso na prática, influenciou a reforma do CPC de 1942 que, sobretudo com estímulo de

¹⁴³ “Fora dos casos regulados nas precedentes seções deste capítulo, quem tenha fundado motivo de temer que durante o tempo necessário para fazer valer seu direito em via ordinária, este seja ameaçado por um prejuízo imminente e irreparável, pode requerer com recurso ao juiz os provimentos de urgência que pareçam, segundo as circunstâncias, os mais patos a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito.” (Tradução livre)

¹⁴⁴ FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência* (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 171.

¹⁴⁵ A evolução da tutela urgente na Itália in *Tutelas de urgência e Cautelares...*, p. 379.

Calamandrei e Carnelutti, disciplinou no art. 700, do CPC italiano, uma medida cautelar atípica.¹⁴⁶

Por fim, sobre o procedimento das cautelares na Itália, Edoardo Ricci esclarece que o procedimento é “*sumário*”. A parte interessada dá início ao procedimento através de um ato chamado *ricorso*, que se caracteriza pela máxima liberdade de forma e pela máxima elasticidade. No curso deste procedimento, observa-se a garantia do contraditório. Em casos de urgência, o juiz pode conceder a medida cautelar *inaudita altera parte*, o que ocorre através de um ato provisório denominado *decreto*. Neste caso, a efetivação do contraditório ocorre em um momento sucessivo. Após esta fase, o juiz deverá confirmar ou revogar o *decreto* com uma *ordinanza*.¹⁴⁷

3.4 NA ALEMANHA

Na Alemanha, os artigos 935¹⁴⁸ e 940¹⁴⁹, da ZPO (“*Zivilprozeßordnung*”), disciplinam, respectivamente, as medidas cautelares conservativas e o Poder Geral de Cautela.¹⁵⁰

O art. 935, da ZPO, dispõe que as medidas provisórias podem ser determinadas pelo juiz, com vistas a conservar a situação de fato existente, considerando que a alteração desta situação pode comprometer o resultado da demanda em curso.¹⁵¹

¹⁴⁶ *Lezioni di Diritto Processuale Civile...*, 2006, p. 629.

¹⁴⁷ *A evolução da tutela urgente na Itália in Tutelas de urgência e Cautelares...*, p. 380.

¹⁴⁸ §935, ZPO: “*Einstweilige Verfügungen in Bezug auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.*” (“Pode o juiz adotar medidas provisórias de segurança, relativas à coisa litigiosa, quando for de temer que modificações do estado atual possam frustrar ou tornar notavelmente difícil a satisfação do direito da parte”)

¹⁴⁹ §940, ZPO: “*Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.*” (“Permite-se a adoção de medidas cautelares para regular um estado provisional respeitante a uma relação jurídica controvertida, se tal regulamento se considerar necessário para evitar prejuízos de monta ou atos de força que ameacem, ou por outros motivos, especialmente, quando se trata de relações jurídicas permanentes.”)

¹⁵⁰ Luiz Guilherme Marinoni registra que a doutrina reconhece a natureza cautelar de ambos os artigos. (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 39)

¹⁵¹ Galeno Lacerda assinala que o §935 deve ser aplicado não só para assegurar a execução de obrigações cujo objeto não for dinheiro, mediante, por exemplo, a apreensão, exibição ou devolução de coisas, mas ainda para decretar abstenção de conduta punível, como a concorrência desleal, o adultério, ou para determinar constituição de hipoteca, e, bem assim, para evitar modificação do *statu quo*, através da proibição de alienações, gravames, lesões etc. (*Comentários ao Código de Processo Civil...*; p. 83)

Luiz Guilherme Marinoni esclarece que a doutrina alemã reconhece que as medidas previstas no art. 935, da ZPO, são muito similares ao sequestro (art. 822 do CPC brasileiro), tendo em vista que possuem um fim essencialmente conservativo e se dirigem a evitar que o objeto da *Individualleistung*, ou seja, da prestação de fazer ou não fazer do devedor, seja alterado ou absolutamente destruído.¹⁵²

O art. 940, da ZPO, permite, ao juiz, regular a situação conflituosa com o intuito de evitar prejuízos ou impedir a ameaça a direitos. Sydney Sanches, observando que este artigo trata do poder geral de cautela, esclarece que o juiz está autorizado a adotar medidas cautelares para regular um estado provisional, atinente a uma relação jurídica controvertida, com o objetivo de evitar prejuízos.

Galeno Lacerda observa que o § 940, da ZPO, é considerado disposição protetora da paz social, e se aplica para tutela de relações jurídicas permanentes, patrimoniais ou não, como propriedade, posse, direito de autor ou de invenção, uso de nome, firma e razão social, assim como nos contratos de sociedade ou locação, e nas relações de família. Entre as medidas respectivas mencionam-se as que evitem perigo de danos graves (p. ex., deterioração ou avaria de mercadorias), ou que assegurem o uso de servidão, o penhor ou o direito de retenção e, em geral, as de prevenção contra atos ilícitos ou, mudando de setor, a separação de corpos, a concessão de alimentos provisionais, a proteção da pessoa e bens do incapaz.¹⁵³

De acordo com Marcus Vinicius de Abreu Sampaio, a diferença entre os arts. 935 e 940, da ZPO, consiste na natureza dos provimentos. Os provimentos emanados com base no art. 935, da ZPO, têm natureza eminentemente conservativa; já os do art. 940, da ZPO, servem à tutela cautelar abrangente e não apenas com o intuito de conservar o estado de fato de uma lide.¹⁵⁴

3.5 NO CHILE

No Chile, as tutelas de urgência (dentre elas, a tutela cautelar) não estão reguladas no Código de Processo Civil. Estas tutelas encontram-se, mais comumente, na Constituição da República (“*la Constitución Política de la República*”) sob a denominação de “*acción de*

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 38.

¹⁵³ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil...*; p. 83.

¹⁵⁴ *O Poder Geral de Cautela do Juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 123

protección”, que tem por objetivo tutelar, em regime de urgência, alguns direitos fundamentais.¹⁵⁵

A “*acción de protección*” está prevista no art. 20 da Constituição da República. Esta “ação” possibilita àquele que, por atos ou omissões arbitrárias ou ilegais, sofrer restrição, perturbação ou ameaça ao legítimo exercício dos direitos estipulados no art. 19 da Constituição, poderá requerer, à Corte de Apelações, providência imediata, a fim de restabelecer o império do direito e assegurar a devida proteção da parte afetada.

As espécies mais relevantes da “*acción de protección*” são a “*acción de amparo económico*”, que se relaciona diretamente com o art. 19, nº. 20, da Constituição da República¹⁵⁶, e a “*acción de amparo penal*”, conforme a previsão do art. 21 da Constituição da República¹⁵⁷, que mais se assemelha ao nosso *habeas corpus*.

Além delas, no art. 327 do Código Civil chileno, há a previsão dos “*alimentos provisorios en el juicio de alimentos*”, instituto semelhante à nossa cautelar de alimentos provisionais (arts. 852 a 854, do CPC brasileiro).

Há certa resistência, no Chile, em relação às tutelas satisfativas, em razão da ausência de previsão legal específica¹⁵⁸. Estas tutelas só podem ser concedidas em regime de exceção, com base na *tutela de urgência genérica*, por meio “*acción de protección constitucional*”.¹⁵⁹

¹⁵⁵ José Pedro Silva Prado, professor da Pontifícia Universidade Católica do Chile, observa que as “*tutelas de urgencia no están reguladas en los Códigos Procesales. Una de sus manifestaciones más importantes se encuentra incorporada en la Constitución Política de la República. Es la llamada acción de protección, que permite la tutela de urgencia de algunos de los derechos fundamentales. (Tutelas Urgentes Y Cautela Judicial En La Legislación Chilena. In: Derecho Procesal Contemporáneo, Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile/Puntolex, 2010, p. 463).*”

¹⁵⁶ Conforme os esclarecimentos de José Pedro Silva Prado, esta norma garante o desenvolvimento de qualquer atividade econômica que não seja contrária à moral, à ordem pública ou à segurança nacional. (*Tutelas Urgentes Y Cautela Judicial En La Legislación Chilena...*, p. 463)

¹⁵⁷ “Art. 21 da Constitución Política de la República – Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene que se guarden las formalidades y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio de derecho y asegurar la debida protección del afectado.”

¹⁵⁸ “Debido a que la tutela autosatisfactiva no está contemplada de manera específica, en nuestro Derecho, los tribunales de justicia no la tratan como tal. Sólo dentro del marco de la Acción de Protección pueden verificarse casos aislado de esta forma de tutela, pero los jueces no la denominan así, ni menos la tratan dentro de las formas de tutelas urgentes. Al contrario, la jurisprudencia sistemáticamente ha rechazado medidas en las que se ha pretendido alejar su decisión de los fines estrictamente conservativos. (...)”. (PRADO, José Pedro Silva. *Tutelas Urgentes Y Cautela Judicial En La Legislación Chilena...*, p. 467)

Por fim, no âmbito do direito de família, é possível enxergar o “poder geral de cautela” no art. 22 da Lei 19.968, que trata dos “*Tribunales de Familia*”¹⁶⁰, o qual permite ao magistrado, em qualquer etapa do processo ou antes do seu início, de ofício ou a pedido da parte, considerando a verossimilhança do direito invocado e o perigo da demora, adotar medidas cautelares conservativas e até *inovativas*.¹⁶¹

3.6 NA ARGENTINA

As tutelas cautelares na Argentina revestem-se das características da instrumentalidade, acessoriedade e provisoriedade¹⁶². Essas tutelas destinam-se a garantir o resultado do processo principal ou, até mesmo, antecipar¹⁶³ a sua decisão final¹⁶⁴.

Patricia Verónica Asrin e Manuel Esteban Rodríguez esclarecem que “*todas las medidas cautelares enunciadas son ‘accesorias’ de un proceso principal y la pretensión no se agota con el dictado de la medida, sino que requieren, luego de ello, la sustanciación del*

¹⁵⁹ “Debido a la falta de regulación específica de la tutela autosatisfactiva, se puede recurrir en la práctica a la tutela de urgencia genérica, conformada en Chile por dicha acción de protección constitucional. Como proceso de urgencia y a falta de norma especial, es la llamada a velar por la celeridad en el acceso y otorgamiento de tutela en ciertos casos, reduciendo la cognición y postergando la bilateralidad de la audiencia.” (PRADO, José Pedro Silva. *Tutelas Urgentes Y Cautela Judicial En La Legislación Chilena...*, p. 467)

¹⁶⁰ José Pedro Silva Prado explica que “en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición da parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o inovativas que estime procedentes.” (*Tutelas Urgentes Y Cautela Judicial En La Legislación Chilena...*, p. 467)

¹⁶¹ Como exemplo destas tutelas inovativas são citadas a entrega imediata do menor a seus pais, ou a quem lhe detenha a guarda ou, em caso de urgência, a um familiar. (*Tutelas Urgentes Y Cautela Judicial En La Legislación Chilena...*, p. 468)

¹⁶² *Anticipación de Tutela* in Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, n. 08, Medidas Cautelares, Córdoba, 2004, p. 70.

¹⁶³ Patricia Verónica Asrin e Manuel Esteban Rodríguez observam que, no direito argentino, “se pueden mencionar como medidas cautelares anticipatorias, la fijación de alimentos provisorios en el juicio de alimentos (art. 375, segunda parte, CC); o en el juicio de divorcio o separación personal (art. 231, CC); la exclusión del hogar conyugal de alguno de los cónyuges en las acciones de separación personal o de divorcio vincular (art. 231, CC); el otorgamiento provisorio de la tenencia de los hijos en el juicio de divorcio (art. 231, Ce); la entrega anticipada del inmueble al accionante en los juicios de desalojo por intrusión (art. 680 bis, CPCCN); el levantamiento del embargo previa caución, en una tercería de dominio (art. 99, CPCCN); el beneficio provisional de litigar sin gastos (art. 83, CPCCN), etcétera.” (*Anticipación de Tutela...*, p. 69)

¹⁶⁴ “Las medidas cautelares pueden conceptualizarse como los arbitrios o resoluciones judiciales que tienen como fin garantizar el resultado del proceso o anticipar, durante la sustanciación de éste, la probable resolución que pueda dictarse al resolverse la cuestión principal” (ASRIN, Verónica Patricia; JUÁREZ, Manuel Esteban Rodríguez..., p. 64)

*proceso principal. Con la sentencia de mérito dictada, puede revertirse lo resuelto anticipadamente y, si la medida fue indebidamente trabada, puede incluso solicitarse la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con ella.”*¹⁶⁵

As tutelas cautelares podem ser requeridas antes ou depois de ajuizada a ação, nos termos do art. 195¹⁶⁶ do “*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*” (“CPCCN”). O art. 198¹⁶⁷ do CPCCN dispõe que as “*medidas precautorias*” serão deferidas e cumpridas sem a oitiva da parte contrária. Da decisão que deferir ou indeferir a medida cautelar, caberá recurso.

O art. 199¹⁶⁸ do CPCCN condiciona o deferimento da liminar ao oferecimento de caução para todos os custos e danos sofridos pela parte contrária, caso fique comprovado que o requerente da medida abusou de seu direito (art. 208¹⁶⁹ do CPCCN). O art. 200¹⁷⁰ do CPCCN dispõe que a “*Nación*”, as Províncias, suas Repartições e a Municipalidade, além de pessoa “*que justifique ser reconocidamente abonada*”, estão dispensadas da obrigação de oferecer caução.

A tutela cautelar está vinculada à duração das circunstâncias que determinaram o seu deferimento (art. 202¹⁷¹ do CPCCN). O credor poderá pedir a ampliação, a melhora ou a substituição da medida cautelar, justificando a sua insuficiência em relação ao cumprimento

¹⁶⁵ *Anticipación de Tutela...*, p. 70.

¹⁶⁶ “Art. 195. *Las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente.*”

¹⁶⁷ “Art. 198. - *Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.*”

¹⁶⁸ “Art. 199. - *La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 208.*”

¹⁶⁹ Art. 208. - *Salvo en el caso de los artículos 209, inciso 1, y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución la condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte la hubiere solicitado. La determinación del monto se sustanciará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible.*

¹⁷⁰ “Art. 200. - *No se exigirá caución si quien obtuvo la medida:*

1) *Fuere la Nación, una provincia, una de sus reparticiones, una municipalidad o persona que justifique ser reconocidamente abonada.*

2) *Actuare con beneficio de litigar sin gastos.*”

¹⁷¹ “Art. 202. - *Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento.*”

da função para a qual foi deferida. O devedor, por sua vez, poderá requerer a substituição de uma medida cautelar por outra que seja menos gravosa (art. 203¹⁷² do CPCCN).

Ocorrerá a “*caducidad*” de pleno direito das medidas cautelares que forem deferidas e cumpridas antes do processo principal, dentro dos 10 dias seguintes à sua efetivação, se, tratando-se de obrigação exigível, não for ajuizado o processo principal ou não for iniciado o “*procedimiento de mediación prejudicial obligatoria*” (art. 207¹⁷³ CPCCN).

Dentre as cautelares típicas, encontram-se o “*embargo preventivo*”, o “*secuestro*”, a “*intervención judicial*”, a “*inhibición general de bienes y anotación de litis*”, a “*prohibición de inovar, prohibición de contratar*” e a “*protección de personas*”.

A tutela cautelar inominada na Argentina está disciplinada no artigo 232¹⁷⁴ do CPCCN. Dispõe este artigo que “*Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.*”

¹⁷² “Art. 203. - El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada. El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de CINCO (5) días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias.”

¹⁷³ “Art. 207. - Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda o no se iniciare el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, según el caso, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Cuando se hubiera iniciado el procedimiento de la mediación, el plazo se reiniciará una vez vencidos los veinte (20) días de la fecha en que el mediador expida el acta con su firma certificada por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, con la constancia de que no se llegó a acuerdo alguno o que la mediación no pudo efectuarse por algunas de las causales autorizadas. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste, podrá ser nuevamente requerida si concurrieren los requisitos de su procedencia. Las inhibiciones y embargos se extinguirán a los cinco (5) años de la fecha de su anotación en el registro que corresponda, salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entendió en el proceso.”

¹⁷⁴ “Art. 232. - Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.”

A doutrina argentina sustenta, *de lege ferenda*, que a categoria dos processos urgentes é mais ampla do que a do processo cautelar, pois compreende as medidas autossatisfativas e as tutelas (*resoluciones*) antecipadas.¹⁷⁵

De acordo com María Victoria Mosmann, o surgimento dessas tutelas jurisdicionais de urgência deve-se à preocupação decorrente da excessiva demora dos processos tradicionais.¹⁷⁶

A doutrina argentina adverte que o panorama da tutela de urgência, desde a sua abordagem doutrinária, é inorgânico e não sistêmico.¹⁷⁷

¹⁷⁵ María Victoria Mosmann observa que “*sostiene la doctrina nacional que la denominación procesos urgentes cobró carta de ciudadanía en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1995, hace casi veinte años, cuando se sostuvo que ‘la categoría de proceso urgente es más amplia que la de proceso cautelar; así, pues comprende las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias’*” (*Tutela Jurisdiccional de Urgencia*, Relatório Nacional (Argentina), texto preparado para o I Congresso Argentina-Brasil de Direito Processual apresentado em São Paulo, 2012, p. 02)

“*La expresión “procesos urgentes”, que fuera utilizada doctrinariamente para designar únicamente a las medidas autosatisfactivas, hoy ha visto ampliado su espectro, incluyéndose en la misma, entre otras, a: 1) las medidas autosatisfactivas -propriadamente dichas-; 2) la tutela anticipatoria, y 3) las medidas cautelares clásicas.*” (ANTÚN, Denise Manela. RICOTINI, Maria Elena. *El Proceso Urgente*. In: Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, n. 08, Medidas Cautelares, Córdoba, 2004, p. 219)

¹⁷⁶ “*Este surgir de las tutelas jurisdiccionales de urgencia en nuestro medio, se debe a la preocupación puesta de manifestó por la excesiva demora en los procesos tradicionales, en casos en los que ella aparecía como una causa directa de la pérdida del derecho reclamado.*” (*Tutela Jurisdiccional de Urgencia*, Relatório Nacional (Argentina)..., p. 02)

¹⁷⁷ MOSMANN, María Victoria. *Tutela Jurisdiccional de Urgencia*, Relatório Nacional (Argentina)..., p. 21.

4 A TUTELA CAUTELAR

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Logo de início, faz-se necessário tecer algumas considerações com relação à nomenclatura dada pelo livro III do CPC à *tutela* cautelar, qual seja, “Do Processo Cautelar” e, no seu título único, “Das Medidas Cautelares”.

De acordo com a perspectiva adotada por este trabalho, entendemos que “processo” não comporta predicado¹⁷⁸. Processo é método de atuação do Estado¹⁷⁹. Na verdade, não existe um “processo cautelar”, um “processo de execução” ou um “processo de conhecimento”. Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, “o que há é um *processo*, sem qualquer qualificativo, em que se desenvolvem determinadas atividades jurisdicionais para o atingimento de determinados fins”.¹⁸⁰

O que recebe adjetivação é a tutela que, em razão de suas qualidades, que são diferentes umas das outras. Os processos e as ações são invariáveis.¹⁸¹

¹⁷⁸ Cassio Scarpinella Bueno observa que “a prestação da tutela jurisdicional (qualquer que seja a perspectiva de sua análise) não depende de um ‘processo’ próprio ou distinto – apenas de um (e constante) ‘processo *jurisdicional*’ (...) –, ou de uma ‘ação’ própria ou distinta – apenas de uma adequada provocação do Estado-juiz e constante e correto agir ao longo do processo (...) –, não há espaço para vincular um ‘processo’ e/ou uma ‘ação’ a determinada finalidade.” (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 04, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 176)

¹⁷⁹ “Processo é um dos institutos fundamentais do direito processual civil mas com ele não se confunde. Processo é o método usual de atuação de um Estado Democrático de Direito. Direito Processual Civil é um ramo do direito, uma disciplina jurídica voltada a examinar não só especificamente o processo desenvolvido perante o Poder Judiciário, mas as justificativas, as razões, as finalidades e todos os desdobramentos desse método de atuação de um modelo de Estado.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Direito Processual Civil*, v. 01, 5ª ed., 2011, p. 20)

“Processo não é algo exclusivo do Poder Judiciário, do exercício da função jurisdicional pelo Estado Juiz. É algo inerente à *atuação* de todo o Estado; ao menos de modelos de Estado como é o nosso, Democrático e de Direito.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Direito Processual Civil*, v. 01, 5ª ed., 2011, p. 25)

¹⁸⁰ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. *Curso...*, v. 04, p. 172.

¹⁸¹ “O que deve ser evidenciado, contudo, (...), é que é a ‘tutela jurisdicional’ que pode ser variada, bem como as *técnicas* de sua obtenção e de seu cumprimento e o *procedimento* disciplinado pela lei para tanto. Não a ‘ação’ ou o ‘processo’. Nessa perspectiva, não há razão para sustentar qualquer *autonomia* entre processos de conhecimento, de execução e cautelares.” (SCARPINELLA BUENO, CASSIO. *Curso...*, v. 04, p. 183)

“Processo cautelar”, “processo de conhecimento” e “processo de execução” devem ser entendidos como expressões *idiomáticas*, que se consagraram em razão do seu amplo uso na prática forense.

Com relação à denominação “medidas cautelares”, tecnicamente, o termo mais adequado é *tutela* cautelar. De acordo com as observações de José Roberto dos Santos Bedaque, o estudo da cautelar deve ser feito a partir da ideia de tutela jurisdicional, sendo absolutamente irrelevante o aspecto de essa modalidade de medida ser concedida mediante o exercício do direito de ação, em processo autônomo, ou como decisão incidental em um processo já em curso. A ação cautelar, o processo cautelar e a medida cautelar são apenas mecanismos para obtenção da *tutela* cautelar.¹⁸²

Trata-se de posicionamento que se afina com a nova leitura do Direito Processual Civil, por meio da qual a *tutela* deve ser a *tônica* dos estudos processuais civis¹⁸³, pois é a *tutela* jurisdicional que pode assumir a feição cautelar¹⁸⁴, e não o processo (que não admite qualificativos).

De acordo com a proposta original do CPC, há três tipos de processos, quais sejam, “processo de conhecimento”, “processo de execução” e “processo cautelar”. O primeiro destina-se a obter uma decisão a respeito de quem tem razão sobre o direito controvertido; o segundo, a materializar esta decisão; e o terceiro, a assegurar o resultado útil dos dois primeiros “processos”.

Por este motivo, fala-se que o “processo cautelar” é um “*instrumento do instrumento*”, ou seja, um processo destinado a garantir a utilidade de outro, que, por sua vez, é o instrumento pelo qual se obtém a tutela jurisdicional principal. Vale dizer, o “processo cautelar” tem por objetivo “a tutela de um direito a ser reconhecido ou satisfeito em *outro* processo, e não nele próprio. Na

¹⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126.

¹⁸³ Antigamente o eixo metodológico do processo civil era a *ação*.

¹⁸⁴ “O emprego de tal expressão tem o mérito, vale a ênfase, de evidenciar não só a conveniência, mas a *necessidade* de alteração do eixo metodológico do direito processual civil, deixando de lado a *estática* e seus institutos consagrados (e ainda fundamentais, não há por que duvidar), em prol da *dinâmica* inerente aos resultados obteníveis pela intervenção jurisdicional. É a ‘tutela jurisdicional’ – não o ‘processo’, a ‘ação’ ou a ‘sentença’ – que pode assumir feição *cautelar* no sentido de ser *provisória* e *instrumental*, como quer a doutrina dominante (...)” (SCARPINELLA BUENO. *Curso...*, v. 04, p. 172)

perspectiva do direito material, trata-se, por isso mesmo, de uma tutela *mediata* e não *imediata*".¹⁸⁵

De qualquer modo, o “*processo cautelar*”, de acordo com o Livro III do CPC, é um instrumento destinado a romper a inércia do Poder Judiciário para a obtenção de um tutela *preventiva*, que será concedida com base em cognição sumária, destinada ao *asseguramento* ou *acautelamento* do direito a ser reconhecido futuramente em um “processo de conhecimento” ou “processo de execução”¹⁸⁶

As cautelares, dispostas no Livro III do CPC, estão divididas entre cautelares *inominadas* ou *atípicas* (art. 798, do CPC) e *nominadas* ou *típicas* (arts. 813 a 889, do CPC). As cautelares *inominadas* ou *atípicas*, como se extrai da própria denominação, não estão tipificadas no Código, ao contrário das cautelares *nominadas* ou *típicas*, que são as seguintes: arresto; sequestro; caução; busca e apreensão; exibição; produção antecipada de provas; alimentos provisionais; arrolamento de bens; justificação, protestos, justificações e interpelações; homologação do penhor legal; posse em nome do nascituro; atentado; protesto e apreensão de títulos; obras de conservação em coisa litigiosa; entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos; posse provisória dos filhos, no caso de separação; depósito de menores ou incapazes; afastamento temporário de um dos cônjuges da moradia do casal; guarda de filhos; interdição ou demolição de prédio.

Dentre as tutelas cautelares *nominadas* ou *típicas* há aquelas que são “verdadeiramente” cautelares – ou seja, tutelas preventivas e urgentes, que são aptas a evitar a consumação do dano, e aquelas “topologicamente” cautelares - ou seja, tutelas que não são propriamente cautelares, mas constam no Livro III do Código. Trata-se, pois, de diferentes hipóteses (cautelares e *não* cautelares) contempladas no Livro III sob a denominação de “processo cautelar”.

Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, afirma que “cautelar não figura, nos nossos dicionários, como adjetivo, mas tão-só como verbo, já em desuso. O projeto o adotou, porém, como adjetivo, a fim de qualificar um tipo de processo autônomo. Na tradição de nosso direito processual era a função cautelar distribuída por três espécies de processos designados por preparatórios, preventivos e incidentes. O projeto,

¹⁸⁵ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. *Curso...*, v. 04, p. 172.

¹⁸⁶ “Trata-se, na perspectiva tradicional, do processo em que se formula pedido de tutela jurisdicional *provisória* que assume confessado caráter *instrumental*, isto é, voltada a *garantir* (apenas isto) a oportuna fruição de um direito que ainda será reconhecido ou satisfeito por *outra* atuação jurisdicional (outro *processo*, de ‘conhecimento’ ou de ‘execução’). (omissis)” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 04, p. 173)

reconhecendo-lhe caráter autônomo, reuniu os vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem.”¹⁸⁷

No caso das medidas topologicamente cautelares, melhor seria se elas tivessem sido inseridas no Livro IV do Código de Processo Civil, o qual é destinado aos “Procedimentos Especiais” (arts. 890 a 1.210).

4.2 ORIGEM

A jurisdição não deve se limitar, apenas, à aplicação da norma ao fato (*subsunção*)¹⁸⁸. Ao se pensar em jurisdição, deve-se pensar, também, nos mecanismos para a prestação da tutela jurisdicional, incluindo-se a proteção à eficácia dos processos “de conhecimento” e “de execução”.

Inexiste um sistema ideal em que os conflitos sejam resolvidos de imediato. Entre a instauração do litígio e a sua resolução final pelo Poder Judiciário há um determinado *iter*, o que pode acarretar anos de espera para o jurisdicionado, em prejuízo do próprio processo, considerando que o seu objeto, na maior parte das vezes, sofre a ação do tempo e/ou das partes envolvidas.

Entre a ocorrência da pretensão resistida e/ou insatisfeita e a sua resolução pelo Poder Judiciário, o objeto do litígio pode sofrer relevantes alterações que influenciam a resolução da lide, seja pelo próprio e natural agravamento das condições de fato, seja pelo surgimento de um estado de periclitación do direito e dos bens envolvidos ou, até mesmo, das provas que serão utilizadas como elementos de convicção do magistrado.

Neste contexto, surgiu a necessidade de conferir, à jurisdição, uma espécie de tutela capaz de neutralizar este dano: a tutela cautelar, que, segundo parcela da doutrina, trata-se de um

¹⁸⁷ *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*.

¹⁸⁸ Luiz Fux observa que “a jurisdição não se limita à operação de subsunção do conflito à regra abstrata reguladora do conflito. Anote-se em sede doutrinário-histórica que a jurisdição compreendia cinco elementos, a saber: *notio*, *vocatio*, *coertitio*, *judicium* e *executio*.” [*Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5.]

terceiro gênero (*tertium genus*)¹⁸⁹ de tutela, ao lado das tutelas de conhecimento e de execução¹⁹⁰.

A tutela cautelar surge destinada a assegurar a utilidade prática dos dois primeiros gêneros de tutela (*de conhecimento* e *de execução*), haja vista os riscos decorrentes da demora natural do processo. Parte da doutrina aduz se tratar de um terceiro gênero (*tertium genus*)¹⁹¹ de tutela, ao lado das tutelas de conhecimento e de execução.

José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “a necessidade da tutela cautelar está ligada a uma normal disfunção do processo, incapaz de dar solução imediata aos problemas de direito material. Representa, na verdade, antídoto contra a demora para entrega da tutela jurisdicional.”¹⁹²

Com efeito, a origem da tutela cautelar está ligada à necessidade de resguardar os processos (ou a utilidade dos processos) “de conhecimento” e “de execução”, sempre que seu objeto ou utilidade sejam ameaçados pelo perigo decorrente da demora do processo, por atos da parte contrária ou por atos alheios à sua conduta.¹⁹³

O perecimento do objeto do processo pode ocorrer seja pela sua longa exposição à ação do tempo, como, por exemplo, a corrosão decorrente da longa exposição do objeto às intempéries do clima, ou em razão de um ato praticado ou a ser praticado pela parte contrária, como, por exemplo, a destruição deliberada do objeto.

¹⁸⁹ “A necessidade de garantir a utilidade prática das tutelas antecedentes de cognição e execução legou o legislador a conceder um *tertium genus* de prestação jurisdicional, consistente num provimento servil às demais manifestações judiciais, capaz de resguardar as condições de fato e de direito para que justiça se preste com efetividade.” (FUX, Luiz. *Op. Cit.*, p. 19)

¹⁹⁰ Galeno Lacerda observa que “a necessidade de tutela liminar de possíveis direitos ameaçados ou violados sempre existiu na humanidade, como fato inerente à imperfeição do homem, enquanto ser social em convívio.” (*Comentários ao Código de Processo Civil...*; p. 77)

¹⁹¹ “A necessidade de garantir a utilidade prática das tutelas antecedentes de cognição e execução legou o legislador a conceder um *tertium genus* de prestação jurisdicional, consistente num provimento servil às demais manifestações judiciais, capaz de resguardar as condições de fato e de direito para que justiça se preste com efetividade.” (FUX, Luiz. *Op. Cit.*, p. 19)

¹⁹² *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 124.

¹⁹³ Galeno Lacerda observa que não há necessidade de aos atos alheios à conduta da parte, tais como os fatos da natureza, contra cujos efeitos cabe também o uso da tutela cautelar. Afirma que o motivo da cautelar, sempre resultará da omissão do réu em reparar ou prevenir o dano ou a sua continuação. Assim, se a parede ameaça a ruir, se o açude se rompeu prejudicando o vizinho, foi porque o requerido incorreu em omissão (*Comentários ao Código de Processo Civil...*; p. 92)

Trata-se, pois, de uma tutela eminentemente instrumental, já que o interesse tutelado não é o bem da vida objeto do processo, mas sim a efetividade dos processos em que se discute o direito a determinado bem da vida ou a efetivação deste direito.

À época do Brasil colônia, já existiam instrumentos de garantia e efetividade do processo. As Ordenações Afonsinas e Manoelinas previam garantias fornecidas pelo réu ao credor, sempre que não tivesse bens de raiz (Livro III, Título XXV, das Ordenações Afonsinas e Livro III, Título XX, das Manoelinas). Ainda, as Ordenações Afonsinas tratavam do arresto, sequestro e fiança (atualmente, caução), no Livro III, Título XXXI.

O Regulamento n. 737 de 1850 previa, sob o título “processos preparatórios, preventivos e incidentes”, as seguintes medidas: o embargo ou arresto; a detenção pessoal; a exibição; as vendas judiciais; os protestos; o depósito; a habilitação incidente nas causas comerciais; e o embargo pendente à lide.

O Código de Processo Civil de 1939 estabelecia, no seu art. 675, o que se chama hoje de poder geral de cautela. Este artigo dispunha que, além dos casos em que a lei expressamente autoriza, o juiz poderia determinar providências para acautelar o interesse das partes. Além disso, neste Código, havia outras medidas provisórias disciplinadas, tais como, o arresto de bens do devedor, o sequestro de coisa móvel ou imóvel, a busca e apreensão, a prestação de cauções, a exibição de livros, coisas ou documentos, vistorias e inquirições *ad perpetuam rei memoriam*, obras de conservação em coisa litigiosa, alimentos provisionais, afastamento temporário do lar conjugal, assistência entre os cônjuges durante o processo e a guarda e a educação dos filhos.

O Poder Geral de Cautela no CPC de 1939 era pouco utilizado na prática jurídica, pois a doutrina e jurisprudência lhe atribuíam uma interpretação restritiva.¹⁹⁴

O atual Código de Processo Civil, de 1973, que sucedeu o de 1939, inaugurou as tutelas cautelares atualmente existentes, tornando comum o seu uso no dia a dia forense, inclusive com ampla utilização do *dever*-poder geral de cautela, regrado em seu art. 798.

¹⁹⁴ Marcus Vinicius de Abreu Sampaio observa o legislador do Código de 39, que tratou em seus artigos 675-678 sobre os meios preventivos de direitos ameaçados. No entanto, o legislador de 39 fê-lo de uma forma muito simplista, sem atribuir à pretensão cautelar caráter de ação ou de *tertium genus* em relação às demais. (...) “Tanto assim é, que o art. 675, de onde podemos extrair a previsão normativa – por mínima que seja – acerca do poder geral de cautela, não possibilita, aos titulares de direitos ameaçados de lesão, buscar de forma antecipada a tutela cautelar de seus direitos. Isso porque os três incisos que compõem o *caput* do artigo fazem referência expressa à pendência de outra demanda” (*O Poder Geral de Cautela do Juiz*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p.129)

O Projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS 166/10, no Senado; e PL 8046/10, na Câmara dos Deputados) passou a contar com as tutelas antecipadas genéricas para situações de urgência e/ou evidência¹⁹⁵, revogando as tutelas cautelares nominadas, mas não o dever-poder geral de cautela.

4.3 CONCEITO

A tutela cautelar se justifica diante da inexistência de um sistema ideal em que conflitos fossem resolvidos de forma imediata ou na velocidade em que as situações postas em Juízo o exigiriam.¹⁹⁶

A falta de imediatidade da prestação jurisdicional justifica a existência da tutela cautelar que, em caráter de urgência e através de cognição sumária, destina-se a resguardar a eficácia da tutela cognitiva ou executiva, desde que presentes os seus requisitos (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*) – como será visto adiante.

Neste contexto, Humberto Theodoro Júnior observa que se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em providência inócua.¹⁹⁷

¹⁹⁵ No Projeto de Lei do Senado, a denominação dada a estas tutelas é “tutela de urgência” e “*tutela da evidência*”. No Projeto de Lei da Câmara, a denominação foi mantida tal como utilizada pelo atual CPC, qual seja, “tutela antecipada”.

¹⁹⁶ “O interesse na obtenção da tutela preventiva, urgente e provisória, nasce exatamente da impossibilidade de esse mesmo resultado ser alcançado de forma definitiva, com o mínimo de certeza quanto à veracidade dos fatos que se encontram à sua base.

A tutela cautelar está ligada, pois, à inevitável demora na apresentação da tutela definitiva, adequada para afastar o estado de violação ou de incerteza do direito. A urgência do resultado faz com que o legislador admita soluções provisórias, que poderão perdurar até o momento em que cumpridas todas as etapas legais, possa ser emitido o provimento definitivo, esse, sim, com aptidão para se tornar imutável.

Se pudéssemos imaginar a possibilidade de a tutela definitiva ser prestada instantaneamente, não haveria necessidade da medida provisória. Exatamente porque essa solução se mostra inviável sem o sacrifício de garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal, torna-se imprescindível a tutela cautelar, a fim de proporcionar o resultado desejado de maneira rápida, sem muita preocupação com o acerto da decisão provisória.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*..., p. 176)

¹⁹⁷ *Processo Cautelar*, 18ª ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito - Leud, 1999, p. 43.

O conceito de tutela cautelar está ligado à ideia de acessoriedade, de instrumentalidade e de provisoriedade. José Frederico Marques conceitua a tutela cautelar como o conjunto de medidas de ordem processual destinadas a garantir o resultado final do processo de conhecimento ou do processo executivo, que são exercidas através de um processo sempre *acessório, instrumental e provisório*.¹⁹⁸

Enquanto as tutelas cognitiva (de conhecimento) e executiva se ocupam, respectivamente, da realização do conflito levado ao conhecimento do Poder Judiciário e da realização desta decisão no plano material, a tutela cautelar se destina a assegurar a eficácia dos processos “de conhecimento” e “de execução”.

Como se viu acima, parte da doutrina entende que as tutelas cautelares seriam um terceiro gênero (um *tertium genus*) ao lado das tutelas cognitiva e executiva¹⁹⁹. No entanto, muito embora esta denominação tenha sido amplamente divulgada em razão de seu uso, Calamandrei observa que a tutela cautelar não se trata de um terceiro gênero, porquanto o seu conteúdo não difere das demais tutelas, pois se perfaz em atos cognitivos e executivos. O que diferencia a tutela cautelar das tutelas cognitiva e executiva é, na verdade, a sua relação de instrumentalidade com estas tutelas.

Carnelutti assinala que para a constituição da cautela basta, às vezes, a cognição; outras vezes, entretanto, há que se acrescentar a execução processual. Por exemplo, a providência com a qual o presidente do tribunal, em pendência do processo de separação pessoal dos cônjuges, dispõe que o esposo pague à esposa uma soma periódica a título de alimentos é suficiente para a cautela, se o obrigado obedece à ordem; em caso contrário, a cautela não se obtém sem a expropriação forçada. Igualmente, o sequestro judicial pode exigir ou não o livramento forçado conforme a parte a cargo da qual é ordenado se preste ou não a entregar espontaneamente ao sequestrante a coisa sequestrada.²⁰⁰

José Roberto dos Santos Bedaque destaca que esta denominação não atende a um critério homogêneo de classificação, pois, os atos jurisdicionais cautelares são de conhecimento ou de

¹⁹⁸ *Manual de Direito Processual Civil*, Campinas: Bookseller, 1997, p. 381.

¹⁹⁹ Ovídio A. Baptista da Silva observa que a sugestão de que o Processo Cautelar deveria corresponder a um *tertium genus*, ao lado da cognição e da execução, decorre diretamente do modo como a doutrina concebeu o *processo declarativo* que, além de sujeitar-se rigidamente ao *princípio dispositivo*, ainda universalizou a *ordinariedade*, ao consagrar a exclusividade da ação condenatória, transferindo para um processo autônomo posterior todas as formas de tutela executiva. (*Do Processo Cautelar*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 41)

²⁰⁰ *Instituições de Processo Civil*, v. 1, tradução: Adrián Sotero De Witt Batista, Campinas: Servanda, 1999, p. 205.

execução. O conteúdo da tutela cautelar não difere do conteúdo das demais tutelas (cognitiva e executiva). A tutela cautelar seria, então, uma tutela acessória constituída por atos cognitivos e executivos. Por este motivo, não seria a tutela cautelar, exatamente, um terceiro gênero dotado de atos de natureza distinta dos atos de conhecimento e de execução.²⁰¹

Recorrendo ao direito comparado, observamos que, na Espanha, há dois conceitos coexistentes sobre as medidas cautelares, um *restritivo*, que entende as medidas cautelares como medidas assecuratórias de uma execução forçada; e outro *ampliativo*, que compreende as medidas cautelares como um gênero adicional às tutelas declarativa e executiva²⁰²²⁰³.

A clássica doutrina italiana, nas palavras de PROTO PISANI, conceitua a cautelar como uma técnica que consiste em conferir à parte o poder de requerer ao juiz a emanção de um

²⁰¹ “Quanto ao conteúdo e à qualidade intrínseca, essa atividade não difere substancialmente daquela exercida nos processos de caráter satisfativo e definitivo, pois implica a prática de atos cognitivos e executivos.

A tutela cautelar é, todavia, substancialmente diversa das demais. A função cautelar do juiz é permanente e deve ser exercida antes ou no curso dos processos de conhecimento e de execução, pois trata-se de atividade complementar, destinada a garantir o resultado final. A tutela cautelar é concedida com o objetivo de assegurar o escopo da jurisdição, consistente em conferir efetividade ao ordenamento jurídico substancial e restaurar a paz social. (...) Considerada a partir de seu caráter instrumental, como garantia dos resultados a serem obtidos pela atividade jurisdicional do Estado, a tutela cautelar tem nítida conotação publicista, pois destinada à proteção do próprio processo e da autoridade do juiz. Nessa linha, teria ele o poder de agir toda vez que determinado fato pudesse obstar aos escopos do processo, principalmente no que se refere à conduta das partes.

Não pode a atividade cautelar do juiz ser considerada, quanto aos efeitos que produz, um *tertium genus*, pois o provimento acautelatório tem natureza cognitiva e executiva.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 196.)

²⁰² Teresa Armenta Deu afirma que “con arreglo a una concepción más restrictiva, la medida cautelar se define por su finalidad aseguradora de una futura ejecución forzosa, de manera que se derivan las siguientes consecuencias: a) el proceso cautelar no es independiente, ni respecto del proceso de declaración, ni del de ejecución; b) la medida cautelar nunca pueda adelantar íntegramente el contenido de la condena, y simultáneamente, c) las medidas cautelares serán homogéneas pero nunca idénticas a la medida ejecutiva de que se trate.

A tenor de la concepción amplia, las medidas cautelares sob ‘justicia o tutela cautelar’, un género añadido al de la tutela declarativa y ejecutiva. Consecuentemente: a) el proceso cautelar es independiente de aquellos dos citados; b) las medidas cautelares no se ciñen a las de aseguramiento de una futura ejecución forzosa sino que se amplían a los futuros pronunciamientos merodeclarativos o constitutivo, y c) la tutela no se limita al aseguramiento y conservación, sino que puede extenderse a la satisfacción provisional de la pretensión (Ortells Ramos).” (*Las Medidas Cautelares ...*, p. 518)

²⁰³ Mabel de los Santos e Petrônio Calmon conceituam a tutela cautelar como “una medida que se limita a resguardar la eficacia y/o la calidad de la actividad jurisdiccional, tanto con relación a la sentencia final como en lo que respecta a su realización práctica, mediante el proceso de ejecución. Siempre que sea posible que la sentencia llegue a ser ineficaz, siempre que sea posible que la sentencia no tenga la calidad esperada o siempre que sea posible la ejecución de la sentencia llegue a verse frustrada por causa de algún hecho inesperado, se recurre a la medida cautelar para intentar disminuir los daños probables. Pero la medida cautelar es precaria y provisoria, y solamente vale para resguardar la jurisdicción futura. En rigor, no se trata de una técnica alternativa, sino apenas de una fórmula engendrada para mantener el sistema tradicional, resolviendo un daño procesal periférico.” (*Informe General sobre Tutelas Urgentes y Cautela Judicial...*, p. 390.)

provimento sumário por meio de um procedimento igualmente sumário, baseado em a) *fumus boni juris*, b) *periculum in mora*, ou seja, a provável subsistência de um dano que pode emergir da duração do processo de cognição plena para o autor”²⁰⁴.

É de se notar, pois, que as características principais da tutela cautelar são a *instrumentalidade* e a *provisoriedade*²⁰⁵, elementos estes que, em conjunto, permitem distinguir a tutela cautelar das demais tutelas (*cognitiva* e *executiva*).

A tutela é provisória²⁰⁶ porque é precedida de cognição sumária (*não tem a aptidão de formar coisa julgada*) e, portanto, impossível de por fim à questão posta em Juízo²⁰⁷. Como se sabe, no Brasil, a decisão final do litígio depende de ampla cognição a respeito das razões de fato e de direito trazidas pelas partes. Sem que o conhecimento destas razões seja pleno e exauriente, o conflito não pode ser entendido como resolvido definitivamente. Por este motivo, a decisão do processo cautelar não faz coisa julgada material, com exceção do quanto disposto pelo artigo 810 do CPC (*prescrição ou decadência do direito do autor*).²⁰⁸

²⁰⁴ *Lezioni di Diritto Processuale Civile...*, p. 598.

²⁰⁵ Instrumentalidade e provisoriedade são as características essenciais da tutela cautelar. Embora a tutela sumária seja, em certo sentido, provisória, visto que não dotada de imutabilidade, qualidade inerente à decisão precedida de cognição sumária, as situações são diferentes. A cautelar é provisória em função de seu escopo, pois não se destina a solucionar a crise de direito material. Já a tutela sumária, por esse ângulo, é definitiva.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 250)

²⁰⁶ “O que caracteriza a tutela cautelar e a distingue das demais, sumárias ou não, é a sua inaptidão para afastar a crise verificada no plano material e colocar fim ao litígio, pacificando. A solução cautelar é sempre provisória, seja conservando situações, seja antecipando efeitos. Por isso, não é dotada de autonomia. Está sempre relacionada a outra tutela, à qual se liga instrumentalmente.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 250)

²⁰⁷ “Entre as várias medidas processuais urgentes, todas precedidas de cognição sumária e destinadas a combater o *periculum in mora*, a cautelar se identifica pela absoluta impossibilidade de se tornar a solução definitiva da situação litigiosa.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...* p. 252)

²⁰⁸ “Processo de procedimento célere, autoriza a prestação liminar da justiça com o fito de conjurar o perigo de dano (*periculum in mora*). Distingue-se, basicamente, das demais formas de tutela pelo seu caráter provisório e pela pouca verticalidade da cognição, aliás, incompatível com a urgência que o provimento reclama. Em face dessas suas características, diverso é o regime da coisa julgada e da litispendência, haja vista que a lide somente entra em cena para autorizar a assecuração mediante o anúncio do processo principal com que se visa a evitar o malogro (art. 801, II, do CPC). Não versando sobre o litígio central, mas tão-só quanto ao interesse processual de manter-se a utilidade do processo principal, a decisão não faz coisa julgada material, à exceção da hipótese do art. 810 do Código de Processo Civil, e não incide em litispendência a sua propositura incidente, tampouco a induz o exercício da ação principal após a sua concessão antecedente. A provisoriedade arrasta também a revogabilidade, por isso que o provimento cautelar traz em si o germe de sua extinção, uma vez que a sua vocação é ser substituído pela solução definitiva.” (FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 47)

A tutela é instrumental, pois, é destinada a resguardar os processos “de conhecimento” e “de execução”, com o intuito de evitar que a demora na prestação jurisdicional prejudique a eficácia destes processos.²⁰⁹

Por este motivo, a tutela cautelar, que tem por objetivo garantir a eficácia dos processos “de conhecimento” e “de execução”, não é autônoma, uma vez que é dependente de um “processo principal”.

No entanto, a instrumentalidade não pode ser um óbice ou um fator de limitação à tutela cautelar. Kazuo Watanabe adverte que a instrumentalidade, em termos estreitos, pode limitar as ações cautelares inominadas, isto porque ficariam sem proteção adequada os direitos e interesses, principalmente os de caráter não patrimonial (v.g., direito à honra, à saúde, à liberdade etc), que, nas vicissitudes da vida, ficam sujeitos a inúmeras e multifárias situações de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, e clamam por uma tutela urgente.²¹⁰

O conceito de tutela cautelar deve compreender, além da instrumentalidade e provisoriedade, o fato de que esta tutela se destina a proteger situações não previstas pelo legislador, inclusive, se necessário for, autorizando o juiz a praticar atos de polícia judiciária.

Em resumo, a tutela cautelar pode ser conceituada como uma tutela instrumental e provisória, não autônoma, cuja função é garantir a eficácia das tutelas cognitiva e executiva.

4.4 CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA CAUTELAR

4.4.1 Quanto à Tipicidade da Tutela Cautelar

A tutela cautelar pode ser (i) *nominada* ou *típica*, isto é, expressamente disciplinada pelo CPC e pela legislação processual extravagante, e (ii) *inominada* ou *atípica*, cujo amparo legal reside em norma de conteúdo genérico, sem que esteja disciplinada especificamente nos diplomas processuais.

²⁰⁹ “A sua específica função assecuratória de interesses eminentemente processuais foi desenvolvida e considerada o marco da emancipação científica dessa terceira modalidade de tutela jurisdicional. A tônica dessa forma de tutela está na ‘preservação’ e na unidade do procedimento, que funde atos de cognição e execução, como afirmava Liebman.” (FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 47)

²¹⁰ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*, 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

As tutelas cautelares *típicas* são chamadas de “*procedimentos cautelares específicos*” e estão previstas nos arts. 813 a 889, do CPC. Além destas cautelares, há também a “medida cautelar fiscal”, prevista na Lei 8.397/1992.

Em cada uma destas cautelares, o legislador prefixou critérios exclusivos para a concessão da respectiva tutela cautelar, os quais devem ser preenchidos pela parte requerente para obtenção do provimento. De acordo com a doutrina tradicional, sem o preenchimento dos requisitos prefixados pelo legislador, a parte não teria direito à tutela cautelar, mesmo que fundamente o seu pedido no poder geral de cautela – *posicionamento este que merece ponderações, como se verá adiante*.

As cautelares *atípicas* são aquelas concedidas com base no poder geral de cautela, ou melhor, *dever*-poder geral de cautela, previsto no art. 798, do CPC, e, também, no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Para estas cautelares, não há previsão específica a respeito de cada uma das situações *cautelandas* e dos respectivos requisitos para a obtenção desta medida. Em resumo, os requisitos exigidos pelo legislador são de conteúdo genérico, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Sobre as cautelares *inominadas* ou *atípicas*, Cassio Scarpinella Bueno observa que a circunstância dos usos forenses terem rotulado algumas dessas hipóteses é indiferente para a classificação da tutela cautelar, que se volta, apenas e tão somente, à constatação da expressa previsão legislativa da medida. As conhecidas “cautelares de sustação de protesto”, de “obtenção de remédio ou tratamento de saúde”, as cautelares voltadas a impedir a “negativação de nomes em serviço de proteção ao crédito” ou de “suspensão de deliberações sociais” e similares são *inominadas* ou *atípicas* porque, não obstante seu largo emprego no foro, não têm disciplina legal própria, derivando, por isso mesmo, da escorreita aplicação dos precitados dispositivos normativos.²¹¹

4.4.2 Quanto ao Momento de Concessão

A tutela cautelar pode ser requerida previamente ou no curso da “ação principal”. Se a tutela cautelar for requerida previamente ao ajuizamento da “ação principal”, ela será chamada de

²¹¹ *Curso...*, v. 04, p. 189.

anterior ou preparatória. Se no curso da “ação principal”, ela será chamada de incidente ou incidental.

Estes dois momentos do requerimento da tutela cautelar estão definidos no art. 800 e no parágrafo único do art. 801, do CPC, que se referem à competência para conhecimento da tutela cautelar e a um dos requisitos da petição inicial para o seu requerimento, distinguindo as tutelas cautelares requeridas de forma incidental daquelas requeridas de forma preparatória.

A tutela cautelar anterior ou preparatória é destinada para os casos em que ainda não há uma “ação principal” em curso entre autor e réu. Estas cautelares tramitam em autos próprios e dão ensejo a uma “ação cautelar”, distinta da “ação principal”. Nestes casos, o requerente da tutela cautelar deve romper a inércia da jurisdição e buscar a necessária proteção ao direito ameaçado.

A tutela incidente ou incidental é destinada para os casos em que já há uma ação em curso entre autor e réu versando sobre determinada relação jurídica. Nestes casos, sempre que os requisitos se fizerem presentes, admite-se a formulação do pedido nos próprios autos da “ação principal”, o que se chama de requerimento incidental.

4.4.3 Quanto ao Objeto da Tutela Cautelar

As cautelares também podem ser classificadas quanto ao seu objeto. Assim, podem existir cautelares *reais*, cautelares *pessoais* e cautelares *probatórias*. O objeto aqui tratado é o objeto *mediato*, ou seja, é o bem da vida pretendido, *e não propriamente a natureza do pedido cautelar, que corresponde ao objeto imediato*.

As cautelares *reais* têm por objeto coisas, ou seja, bens móveis ou imóveis. Trata-se da maioria das situações reguladas pelo CPC. Exemplos destas cautelares são o arresto e o sequestro.

Por sua vez, as cautelares *pessoais* recaem sobre as pessoas. Exemplo destas cautelares é a “busca e apreensão”, que pode ser sobre coisas ou *pessoas*, nos termos do art. 839, do CPC. Além disso, os incisos III, IV, V, VI e VII, do art. 888, do CPC, preveem exemplos de cautelares que recaem sobre pessoas.

As cautelares *probatórias* têm por objeto a produção de provas. Como exemplos desta cautelar podemos citar a própria cautelar de “produção antecipada de prova” (arts. 846 a 851 do

CPC), a cautelar de “exibição” (arts. 844 e 845 do CPC) e a cautelar de “justificação” (arts. 861 a 866, do CPC).

4.4.4 Quanto à Produção de Efeitos

Por fim e de acordo com os critérios classificatórios eleitos, as cautelares podem ser classificadas conforme seus efeitos, os quais podem ser constritivos ou conservativos.

Este critério leva em consideração os efeitos que as tutelas cautelares têm aptidão de produzir na esfera jurídica da parte contra quem deferida, bem como em relação a eventuais terceiros.

Tutelas cujos efeitos atingem direta ou indiretamente os direitos e ou interesses da parte contrária ou de terceiros, alterando a situação em que tais pessoas se encontravam antes do seu deferimento, pertencem à categoria das cautelares com efeitos constritivos. A esta categoria pertence a maior parte das tutelas cautelares.

Tutelas que não têm aptidão para gerar efeitos desfavoráveis à parte contrária ou a terceiros, não alterando a situação jurídica vivenciada por estas pessoas antes do seu deferimento, pertencem à categoria das cautelares com efeitos conservativos.

4.5 AS CONDIÇÕES DA CHAMADA “AÇÃO CAUTELAR”

Como visto, no dia a dia forense, os operadores do Direito costumam adjetivar a *ação* (o que tecnicamente é incorreto²¹²), atribuindo-lhe como predicado o tipo de tutela a ser prestada. Assim, haveria uma ação “cautelar”, uma ação “de conhecimento” e uma ação “de execução”.

²¹² Cassio Scarpinella Bueno observa que a palavra “ação” não aceita classes, adjetivações, variações ou atribuição de qualquer gênero, isto porque a *ação* é sempre a mesma: “o direito de provocar o Estado para prestar a tutela jurisdicional e acompanhar a atuação do Estado até o fim”. De acordo com seus ensinamentos, “a ‘ação’ serve para provocar a atuação do Poder Judiciário, que passa a se movimentar, saindo de seu estado de inércia que garante a sua imparcialidade, e, nesta condição, passa a atuar *processualmente* (o processo tem início com a provocação do autor) e nesta ação o autor formulará um pedido de tutela (de proteção) jurisdicional que proteja suficientemente a situação de direito material que afirma lesionada, no exemplo, a pretensão *material* de indenização. No plano do processo, a tutela jurisdicional apta a proteger aquela situação é uma das tutelas transitivas ou ‘executivas *lato sensu*’. A depender da técnica a ser adotada no caso concreto para tutelar suficientemente é que ela será ‘condenatória’, ‘executiva (*stricto sensu*)’ ou ‘mandamental’.” (*Curso...*, v. 01, p. 393/394)

A ação “cautelar”, então, seria diferente da ação “de conhecimento” e da ação “de execução”, pois a sua finalidade seria, apenas, assegurar o resultado útil de um processo, e não de atuar, em regra, no direito material. Por este motivo, as condições da “ação cautelar” seriam diferenciadas das condições da “ação de conhecimento” e da “ação de execução”.

No entanto, a ação, reiterando o posicionamento adotado por este trabalho, é por natureza invariável, não comportando nenhuma adjetivação, classificação ou distinção. Na verdade, o que comporta variação é a *tutela* a ser prestada pelo Poder Judiciário, que pode ser de “conhecimento”, “execução” ou “cautelar”.²¹³

A ação é invariável “porque consiste no direito subjetivo público de provocar o Estado-juiz, rompendo sua inércia característica, para que ele preste tutela jurisdicional e também no *agir* ao longo do processo para aquele mesmo mister.”²¹⁴

Considerando a invariabilidade da ação, as condições exigidas para seu o exercício, por consequência, também não comportam diferenciações. Não há motivo para diferenciar as condições da chamada “ação cautelar” das demais ações (“de conhecimento” e “de execução”).

Para a obtenção da tutela cautelar, devem, pois, estar preenchidas as consagradas condições da ação, que são: *interesse processual*, a *legitimidade das partes* e a *possibilidade jurídica do pedido*.²¹⁵

Sobre o interesse processual, Cândido Rangel Dinamarco afirma que “*interesse é utilidade*”, ou seja, “consiste em uma *relação de complementaridade* entre a pessoa e o bem, tendo aquela a necessidade deste para a satisfação de uma necessidade (...).”²¹⁶

O interesse de agir, na tutela cautelar, decorre da *necessidade* de um provimento, *adequado* ao caráter instrumental e provisório da tutela cautelar, que tenha por finalidade garantir

²¹³ Conforme Cassio Scarpinella Bueno, “o que poderia ser compreendido como sendo de ‘conhecimento’, ‘execução’ ou ‘cautelar’ é a *tutela jurisdicional*; não, entretanto, a *ação*.” (*Curso...*, v. 04, p. 177)

²¹⁴ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 04, p. 177.

²¹⁵ Cândido Rangel Dinamarco, com muita precisão e clareza, exemplifica as três condições da ação com as seguintes situações: “se peço a anulação de um contrato do qual não participei, sou parte ilegítima porque não figuro na relação material. Se a parte pleiteia mandado de segurança para participar em um concurso público que já se realizou, falta interesse processual porque a situação da vida já se perpetuou e não é possível voltar atrás. Se um Estado da Federação pede a declaração de seu desligamento da República Federativa, ele carece de ação porque sua demanda é juridicamente impossível perante a Constituição Federal.” (*Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 297).

²¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Op. Cit.*, v. II, p. 299.

a eficácia das tutelas cognitiva ou executiva, em razão de prejuízos (ou potenciais prejuízos) ao objeto do processo, oriundos de ato da parte contrária ou alheio à sua conduta.²¹⁷

A legitimidade das partes, na “ação cautelar”, diz respeito à identidade entre os sujeitos da relação jurídica material e os sujeitos da relação jurídica processual. Ou, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, “a legitimidade das partes da ‘ação cautelar’ é a hipotética constatação de que aqueles que comparecem em juízo na qualidade de autor (quem pede tutela jurisdicional) e réu (aquele em face de quem se pede tutela jurisdicional) são os integrantes da situação conflituosa *ameaçada* no plano material.”²¹⁸

Por fim, a possibilidade jurídica²¹⁹ do pedido, na “ação cautelar”, diz respeito à sua admissibilidade, pelo menos em tese, pelo ordenamento jurídico. Ainda de acordo com Cândido Rangel Dinamarco, “a demanda é juridicamente impossível quando de algum modo colide com regras superiores do direito nacional e, por isso, sequer comporta apreciação mediante exame de seus elementos concretos. Já *a priori* ela se mostra inadmissível e o autor carece de ação por impossibilidade jurídica da demanda. A *possibilidade* jurídica é a admissibilidade desta *em tese* e, sem ela, sequer se indagará se o demandante é parte legítima, se o provimento que pede é

²¹⁷ O interesse de agir deve respeitar o binômio *necessidade-adequação*. De acordo com a lição de Cândido Rangel Dinamarco, “existem dois fatores sistemáticos muito úteis para a aferição do interesse de agir, como *indicadores* da presença deles: a *necessidade* da realização do processo e a *adequação* do provimento jurisdicional postulado.

Só há o *interesse-necessidade* quando, sem o processo e sem o exercício da jurisdição, o sujeito seria incapaz de obter o bem desejado. Um caso muito expressivo da falta do interesse-necessidade, posto que de raríssima ocorrência, seria a demanda de condenação do devedor que já houvesse posto o valor do débito à disposição do credor. As demandas de tutela jurisdicional destinadas a suprir omissão do obrigado (ações condenatórias ou executivas) só estão amparadas pelo interesse-necessidade a partir de quando a prestação for *exigível*; antes da exigibilidade, falta o interesse porque ainda não se sabe se a parte obrigada cumprirá ou não a obrigação. Não existe a exigibilidade das obrigações antes do vencimento nem quando a lei substancial ou o contrato condicionam a prestação do devedor a uma prévia prestação do próprio credor (...).

O *interesse-adequação* liga-se à existência de múltiplas espécies de provimentos instituídos pela legislação do país, cada um deles integrando uma técnica e sendo destinado à solução de certas *situações da vida* indicadas pelo legislador. Em princípio, não é franqueada ao demandante a escolha do provimento e portanto da espécie de tutela a receber. Ainda quando a interferência do Estado-juiz seja necessária sob pena de impossibilidade de obter o bem devido (interesse-necessidade), faltar-lhe-á o interesse de agir quando pedir medida jurisdicional que não seja *adequada segundo a lei* (...)” (*Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 302)

²¹⁸ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 04, p. 178.

²¹⁹ Cassio Scarpinella Bueno ensina que “a possibilidade jurídica do pedido da ‘ação cautelar’ ainda e a necessidade de o pedido de tutela jurisdicional (ou a sua fundamentação, isto é, a ‘causa de pedir’) ser admissível, ao menos em tese, pelo ordenamento jurídico. No âmbito das cautelares, aliás, sempre ocupou espaço de destaque o entendimento de que um pedido de ‘cautelar-satisfativa’ seria um caso de ‘impossibilidade jurídica’ a impor sua rejeição liminar pelo magistrado nos termos do art. 295, parágrafo único, III; um verdadeiro caso de contradição nos próprios termos.” (*Curso...*, v. 04, p. 178.)

adequado, se é apto a lhe trazer proveito ou se ele tem razão ou não, pelo mérito (se venho cobrar crédito decorrente do jogo, de nada importa saber se ganhei honestamente, se realmente ganhei ou quanto ganhei).”²²⁰

Em resumo, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que as condições da “ação cautelar” “representam, portanto, a análise de determinados elementos fáticos do suposto direito do autor, como a coincidência entre as partes da relação material e aquelas da hipotética relação substancial (legitimidade); a possibilidade, em tese, do acolhimento da pretensão, quer em relação ao pedido formulado, quer em decorrência da causa de pedir (possibilidade jurídica da demanda); finalmente, verifica-se que, em face dos fatos relatados, a tutela jurisdicional será necessária e útil para o requerente (interesse processual).”²²¹

As condições da ação devem ser aferidas pelo juiz em *status assertionis*, ou seja, a partir da análise das alegações feitas pelo autor em sua petição inicial²²². Qualquer outra perquirição mais aprofundada sobre das condições da ação extrapola a sua função processual. Se o exame se der através de uma cognição exauriente, a questão não deve ser mais tratada como “condições da ação”, mas sim como “mérito” da própria ação cautelar.

Por esta razão, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* da “ação cautelar” não podem ser tidos como “condições da ação”, porquanto refletem o seu mérito, como será visto adiante.

4.6. O MÉRITO DA CHAMADA “AÇÃO CAUTELAR”

A existência de mérito na ação cautelar encontra grande amparo da mais autorizada doutrina. Cassio Scarpinella Bueno ensina que “o ‘mérito’, isto é, a constatação da existência de

²²⁰ *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 298.

²²¹ *Op. Cit.*, p. 171.

²²² José Roberto dos Santos Bedaque leciona que “para verificar a presença desses requisitos, o juiz se preocupa apenas com a adequação dos fatos ao sistema jurídico, com a pertinência subjetiva dos efeitos pleiteados e com a necessidade de sua intervenção.

Melhor explicando: se o pedido ou a causa de pedir não são em tese velados pelo ordenamento material; se a pretensão é apresentada por quem e perante quem, segundo o direito material, tem direito a ela e deve satisfazê-la; finalmente, se a intervenção jurisdicional é necessária e útil para quem a requer, porque a satisfação espontânea do direito se mostrou inviável, consideram-se presentes as condições da ação. Representam elas a coordenação de fatos afirmados com a ordem jurídica constituída.

Já a plausibilidade necessária à tutela cautelar significa que a afirmação do autor se mostra, no mínimo, faticamente possível, segundo aquilo que normalmente acontece. A instrumentalidade hipotética da tutela cautelar diz respeito a um direito concretamente plausível. Nas condições da ação, direito é examinado apenas em tese.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 194)

um direito a ser protegido jurisdicionalmente em sede ‘cautelar’ – mesmo que, de acordo com a doutrina tradicional, um direito a ser reconhecido ou satisfeito em *outro* processo – corresponde à verificação, em cada caso concreto, da efetiva ocorrência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* dignos de tutela jurisdicional.”²²³

No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque: “em primeiro lugar, não se nega a existência do mérito cautelar, consistente na real ocorrência da situação de perigo e na concreta plausibilidade do direito do autor.”²²⁴

O mérito da “ação cautelar” corresponde, pois, ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*. Ultrapassada a análise dos pressupostos processuais (de existência e regularidade do processo) e das condições da ação (legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido), o juiz está apto a analisar a constatação destes dois requisitos, que, fazendo-se presentes, determinam a concessão da tutela cautelar pleiteada²²⁵.

O julgamento de mérito é totalmente compatível com a “ação cautelar”, ainda que o este julgamento seja precedido de cognição sumária (*e não de cognição exauriente*). No julgamento da “ação cautelar” o juiz poderá acolher, integral ou parcialmente, ou rejeitar o pedido do autor. Neste caso, o julgamento será “de mérito”, para fins do art. 269, I, do CPC.

Este julgamento, no entanto, em razão de não ser precedido de cognição exauriente, não tem capacidade de fazer coisa julgada material, exceto nas hipóteses de prescrição e decadência (art. 810, do CPC).

²²³ *Curso...*, v. 04, p. 179.

²²⁴ *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 157.

²²⁵ De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, “a efetiva presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* implica concessão da tutela cautelar. Tais requisitos, portanto, representam o mérito do processo. Constituem condições para obtenção do provimento pleiteado, que, mais do que afirmados, necessitam ser provados.

O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* estão relacionados com o interesse de agir. Se a descrição feita pelo requerente da tutela cautelar revela, em tese, a necessidade e a adequação da medida pleiteada, isto significa que tais requisitos foram corretamente afirmados na inicial. Se provados, concederá o juiz a tutela pretendida.

Verifica-se, portanto, que o exame das condições da ação cautelar em nada difere daquele realizado nas outras ações. Uma coisa é a efetiva existência do perigo e da plausibilidade, o que depende da atividade probatória, ainda que compatível com o nível de cognição possível e adequado à tutela cautelar. Outra é a presença, em tese, em abstrato, desses requisitos, que depende não da verificação em concreto dos fatos, mas do exame feito *in statu assertionis*, ou seja, segundo aquilo que o autor afirmou.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*p. 172)

4.7 O FUMUS BONI IURIS

O art. 804, IV, do CPC, dispõe que o requerente da tutela cautelar deverá indicar, na petição inicial, “a exposição sumária do direito ameaçado (...)”. Esta exposição sumária do direito ameaçado, além de ser indicativo da limitação da cognição a ser exercida na “ação cautelar”, corresponde à expressão latina *fumus boni iuris*.

Trata-se de uma expressão sem conteúdo definido, que se refere a um juízo sumário de probabilidade, plausibilidade ou verossimilhança sobre as alegações apresentadas pelo autor, amparadas nos respectivos elementos de prova apresentados ao magistrado.²²⁶

José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “*fumus boni iuris* é o resultado da cognição dos fatos pelo autor, que se mostram concretamente possíveis, ante os elementos probatórios que os acompanham. Não é fundamento ontológico da cautelar, mas apenas formal. Representa técnica ligada à prova, utilizada em outras situações no processo, como para a análise das condições da ação, pressupostos processuais, admissibilidade dos recursos, intervenção de terceiros, julgamento antecipado etc.”²²⁷

Alcides Munhoz da Cunha registra que “Calamandrei já havia observado agudamente que todo juízo de verdade é, na essência, um juízo de verossimilhança, o qual não se distingue com precisão dos juízos de aparência, de possibilidade ou dos juízos de probabilidade, sendo que, para o direito, os conceitos de verossimilhança e de certeza jurídica não têm fundamento psicológico nem sociológico, decorrente de política processual. Sob essa inspiração política, *juízos de mera verossimilhança, juízos com presunção de certeza e juízos de certeza jurídica são juízos formais*, destinados a harmonizar os princípios da segurança jurídica (ampla defesa e contraditórios) aos princípios da efetividade da jurisdição (tutela adequada às diferentes situações em conflito).”²²⁸

Galeno Lacerda adverte que a aparência do bom direito (*fumus boni iuris*) é pressuposto de mérito da ação cautela. Trata-se de tutela cautelar inominada, em que a responsabilidade do juiz se revela maior devido à amplitude da discricção, mais rigor deve ser posto na avaliação da

²²⁶ Sobre a plausibilidade e verossimilhança, José Roberto dos Santos Bedaque observa que “a plausibilidade do direito ou a verossimilhança das alegações está ligada à cognição exercida pelo juiz diante do pedido de tutela cautelar. Irá ele conhecer de forma sumária dos fatos, em cognição não exauriente, para chegar a um juízo de probabilidade, nunca de certeza.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 193)

²²⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 193.

²²⁸ *Comentários ao código de processo civil*, v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 378.

verossimilhança do direito alegado. No entanto, não se pode confundi-lo com prova da existência absoluta, plena e cabal, do direito alegado. Isto não pode ser exigido, sob pena de ser esvaziado o conteúdo da ação princípio, destinada à pronúncia sobre o direito controvertido. Não deve o juiz condicionar a segurança a este grau prévio e absoluto de certeza, para não cercear e coibir a realização futura de direitos autênticos.²²⁹

O *fumus boni iuris* é o resultado da análise superficial feita pelo juiz a respeito do direito pretendido pelo autor, com base nos documentos apresentados. Trata-se, pois, de um direito aparentemente existente.

4.8 O PERICULUM IN MORA

O *periculum in mora*, de acordo com a clássica lição de Calamandrei, possui duas espécies: a) o “*pericolo da infruttuosità*”, que é o perigo decorrente da “infrutuosidade” do provimento final, de cognição plena, e b) o “*pericolo da tardività*”, que é o perigo decorrente da demora do provimento final de cognição plena.²³⁰

Trata-se de distinção fundamental em relação ao desenvolvimento do tema, isto porque, é de acordo com ela que as tutelas cautelares serão classificadas como meramente *conservativas* ou *antecipatórias*.

José Roberto dos Santos Bedaque ensina que as tutelas conservativas são destinadas a afastar o perigo da infrutuosidade do provimento jurisdicional e as tutelas antecipatórias são destinadas a afastar o perigo da demora do processo.

O “*pericolo da infruttuosità*” diz respeito às tutelas cautelares destinadas a assegurar o êxito do processo de execução ou a produção dos efeitos decorrentes da sentença. Tutelas desta natureza não são destinadas, necessariamente, a acelerar a satisfação do direito controvertido. Como exemplo, podemos citar a alienação dos bens do devedor durante o processo, que terá como efeito a frustração da posterior atividade executiva.

²²⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil...*; p. 90.

²³⁰ Proto Pisani, repetindo a lição de Calamandrei, afirma que “para compreender os múltiplos conteúdos que os provimentos cautelares podem assumir, faz-se necessário distinguir duas diversas espécies de *periculum in mora* que a tutela cautelar pode ser chamada a neutralizar: a) O dito perigo da infrutuosidade do provimento de cognição plena; b) O dito perigo de *tardività* (demora) do provimento de cognição plena.” (*Lezioni di Diritto Processuale Civile...*, p. 600.)

Nestes casos, o sistema prevê soluções urgentes para neutralizar este perigo. Trata-se de tutelas cautelares que não são destinadas a antecipar o resultado final, mas sim a resguardar o direito controvertido, neutralizando o fato gerador do perigo. A urgência, aqui, reside na conservação preventiva, e não na satisfação do direito. Como exemplos clássicos, podemos citar a tutela cautelar de sequestro e a tutela cautelar de arresto de bens.

O “*pericolo da tardività*”, diz respeito a tutelas destinadas a evitar que a demora do processo possa prejudicar ou tornar inútil os efeitos decorrentes da sentença final. Neste caso, os danos que se pretende evitar com o processo poderão se agravar ou se tornar definitivos, em razão da demora do processo.

Trata-se do perigo causado pela duração excessiva do processo de cognição plena. Neste caso, não há interesse na conservação do direito, mas sim na sua satisfação. O fator de risco, neste caso, é o tempo transcorrido até que provimento jurisdicional final seja concedido, o que pode frustrar a realização do direito posto em juízo ou agravar os danos decorrentes de sua insatisfação, prejudicando a utilidade do provimento satisfativo a ser concedido ao titular do direito. Esta é uma das vertentes do famigerado *dano marginal*.²³¹

Para se evitar que a demora na entrega da prestação jurisdicional prejudique o direito discutido ou agrave os danos decorrentes de sua insatisfação, devem ser concedidas tutelas voltadas à própria satisfação do direito.

É pertinente ressalvar que o *periculum* tradicionalmente ligado à tutela cautelar é o *periculum* da infrutuosidade da medida. Há certa resistência em se utilizar a cautelar para evitar o *periculum* da demora do processo, haja vista que, neste caso, a tutela a ser concedida teria caráter satisfativo – o que seria contrário à natureza atribuída à tutela cautelar que, de acordo com a doutrina tradicional, seria uma tutela destinada a produzir efeitos meramente processuais; e não materiais, como a satisfação antecipada de um direito.

No entanto, este posicionamento merece ponderações. Os efeitos da tutela cautelar, em alguns casos, ultrapassam o plano processual. Entendemos, pois, que a tutela cautelar, a depender

²³¹ Consta que esta expressão foi inicialmente utilizada por Enrico Finzi e posteriormente utilizada por Calamandrei (*Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*, traduzido da edição italiana de 1936 por Carla Roberta Andreasi Bassi, Campinas: Servanda, p. 37), o que levou à ampla propagação do termo.

da situação, acaba gerando efeitos no plano material²³², tal como ocorre na tutela cautelar de alimentos, no pedido de autorização para a viagem de um menor ou na ordem de demolição etc.

Cândido Rangel Dinamarco observa que “não é tão importante a busca da precisa distinção entre as cautelares e as antecipações. A realidade sobre as quais todos esses dispositivos opera é o *tempo como fator de corrosão dos direitos*, à qual se associa o empenho em oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo. Quando compreendermos que tanto as medidas cautelares como as antecipações de tutela se inserem nesse contexto de neutralização dos males do decurso do tempo antes que os direitos hajam sido reconhecidos e satisfeitos, teremos encontrado a chave para as nossas dúvidas conceituais e o caminho que há de conduzir à solução dos problemas práticos associados a elas.”²³³

Independentemente do dano a ser tutelado, o que importa para a tutela cautelar é eliminar o risco de que a prestação jurisdicional perca a sua utilidade, seja em relação ao risco de ineficácia do provimento final, seja em relação aos danos decorrentes da demora do processo.²³⁴

José Roberto dos Santos Bedaque registra que “nas duas situações [perigo da infrutuosidade e perigo da demora] o fundamento é único. A tutela urgente e provisória é concedida para resguardar a utilidade de outra. Mesmo que evidenciado perigo concreto, a finalidade é impedir que o fator tempo comprometa o resultado do processo. Se fosse possível a emissão imediata do provimento satisfativo, em nenhum caso seria necessária essa tutela provisória, conservativa ou antecipatória.”²³⁵

Com efeito, em ambos os casos, tanto no perigo da infrutuosidade, quanto no perigo da demora, verifica-se o perigo de dano, que deve, pois, ser tutelado.

²³² “Apresentadas as espécies de tutela cautelar, verifica-se a existência entre elas do ato decisório interino, cujo escopo é a satisfação provisória, total ou parcial, do conteúdo fático do direito, que poderia sofrer lesão irreparável em face da demora na solução definitiva da controvérsia, a ser dada pela tutela principal. Nesse caso, a decisão incide diretamente sobre os possíveis efeitos da relação material, representando solução interina (provisória) do litígio, passível de execução imediata em favor daquele que a obteve.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 169)

²³³ *Nova Era do Processo Civil*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 65.

²³⁴ “Inexiste razão, todavia, para desvincular a tutela cautelar da ideia do dano marginal causado pelo tempo do processo, independentemente da existência de determinado acontecimento específico. O que importa, para a noção de cautelar, é o risco de que a tutela estatal venha, por qualquer motivo, a tornar-se inútil para o titular do direito.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 276)

²³⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 277.

4.9 A FUNÇÃO DA TUTELA CAUTELAR

O objetivo da tutela cautelar é assegurar a efetividade de outra tutela, cognitiva ou executiva, através de atos conservativos ou, até mesmo, antecipatórios, dependendo da natureza do dano que se pretende evitar.

Destina-se, a tutela cautelar, a evitar que atos da parte contrária ou atos alheios à sua conduta, tal como o transcurso do tempo, considerado como um fator de corrosão de direitos, comprometam a efetividade da jurisdição.

Por este motivo, costuma-se dizer que a tutela cautelar é uma tutela instrumental, uma vez que serve de instrumento às tutelas cognitiva e executiva.

Dada a função de evitar a ocorrência de prejuízo iminente e irreparável ao direito posto em juízo antes do seu reconhecimento ou satisfação final, a função da tutela cautelar tende a se esgotar com a emissão do provimento definitivo, deixando, portanto, de produzir efeitos, a partir deste momento.

4.10 CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR

4.10.1 Instrumentalidade

A instrumentalidade da tutela cautelar decorre do fato de que ela se destina a assegurar a eficácia das tutelas cognitiva e/ou executiva, seja conservando o objeto litigioso ou as provas que serão utilizadas no processo dito principal, seja através de provimentos satisfativos, voltados a evitar prejuízos (ou o seu agravamento) decorrentes da demora do processo.

Cassio Scarpinella Bueno ensina que “a *instrumentalidade* deve ser entendida, na sua formulação tradicional, como a circunstância de o ‘processo cautelar’ não se voltar à proteção *imediata* do próprio direito material, mas, diferentemente, à do próprio plano processual. Trata-se da distinção feita pela doutrina entre a *finalidade* do ‘processo cautelar’ e a do ‘processo de conhecimento’ e do ‘processo de execução’: estes, voltados à tutela do direito no plano material; aquele, diferentemente, voltado, apenas e tão somente, à tutela do próprio processo e das técnicas jurisdicionais direcionadas ao plano material. Estes, vocacionados à tutela *direta e imediata* do

direito no plano material; aquele vocacionado à tutela *indireta* e *mediata* daquele mesmo direito.”²³⁶

A ideia de instrumentalidade da tutela cautelar é bastante clara desde Calamandrei. De acordo com o jurista italiano, a relação de instrumentalidade entre o provimento cautelar e o provimento principal consiste no fato de que provimento cautelar não é um fim em si próprio, porquanto ele tem unicamente a finalidade de contribuir para o melhor resultado do provimento principal, em função dele e na hipótese de que ele seja, a seu tempo, favorável à pessoa que requer, nesse ínterim, a medida cautelar.²³⁷

A doutrina italiana mais recente continua a reafirmar noção de instrumentalidade da tutela cautelar. Proto Pisani observa que “ao lado da provisoriedade, a doutrina indica como ulterior e complementar característica estrutural dos provimentos cautelares a instrumentalidade: com essa expressão quer-se indicar que medidas cautelares são sempre ligadas a processo de cognição plena no sentido que são sempre destinadas a perder eficácia em caso de sentença declaratória de inexistência do direito cautelado ou a ser absorvidas pela sentença de acolhimento.”²³⁸

Em nosso direito, esta característica da tutela cautelar está positivada no art. 801, III, do CPC, que exige a indicação da lide e do seu fundamento na petição inicial da “ação cautelar”, bem como no art. 806 do CPC, que fixa o prazo de trinta dias, contados do cumprimento da tutela cautelar, para o ajuizamento da “ação principal”, sob pena de cessação da eficácia da tutela cautelar, conforme a dicção do art. 808, I, do CPC.

Considerando que todo processo tem natureza instrumental, a doutrina costuma se referir à cautelar como um “instrumento ao quadrado”, porquanto, além de sua natureza instrumental decorrente do próprio processo em que é concedida, ela se destina a outro processo com o objetivo de assegurar a eficácia de outra tutela.²³⁹

²³⁶ *Curso...*, v. 04, p. 184.

²³⁷ *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares...*, p. 143.

²³⁸ *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 599.

²³⁹ Sobre a instrumentalidade ao quadrado da tutela cautelar, o Min. Luiz Fux observa que “dessa forma, o processo cautelar é instrumental em relação ao processo dito principal, preservando-lhe a existência prática mediante a conservação do objeto litigioso e suas provas. É um ‘instrumento ao quadrado’ em face da natureza instrumental imanente a todo e qualquer processo, em confronto com o direito material veiculado na demanda.” (*Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 44)

Ainda sobre a instrumentalidade ao quadrado da tutela cautelar, José Roberto dos Santos Bedaque ensina que “o escopo da tutela cautelar não é tanto a atuação do direito, ao menos imediatamente. Só de forma mediata seus efeitos atingem a relação material. A finalidade desse provimento é assegurar o resultado de outro. Daí caracteriza-se como

É preciso compreender exatamente o conceito de instrumentalidade da cautelar, dado que algumas tutelas cautelares produzem efeitos para além do plano processual, o que, de certo modo, poderia parecer contrário à sua natureza instrumental.

Mesmo na hipótese de a tutela cautelar gerar efeitos no plano das relações materiais, esta não deixa de ser instrumental, já que seu objetivo é assegurar a eficácia das tutelas cognitiva e executiva, sem aptidão para solucionar definitivamente a crise no plano das relações materiais.²⁴⁰

Por exemplo, a tutela possessória, o mandado de segurança, o amparo mexicano e argentino não são tutelas cautelares, pois não possuem caráter instrumental, haja vista que referidos institutos não têm o objetivo de assegurar a eficácia de outras tutelas, como ocorre com a tutela cautelar.²⁴¹

A tutela cautelar não pode ser considerada um fim em si mesma, pois está ligada a outra tutela e por ela deve ser absorvida, ainda que tenha gerado efeitos no plano material.

A característica instrumental²⁴² da tutela cautelar é decorrente de sua finalidade de assegurar a eficácia das tutelas cognitiva e executiva, sem aptidão para resolver a crise na relação material, porquanto se trata de uma tutela provisória, como se verá adiante.

4.10.2 Provisoriedade

A provisoriedade é característica imanente da tutela cautelar²⁴³. Trata-se de tutela que, muito embora tenha também características cognitivas ou executivas, é destinada a outro processo, prescindindo da necessária cognição exauriente para se tornar definitiva.

instrumento do instrumento, ou seja, serve à tutela definitiva, essa, sim, instrumento do direito substancial. Trata-se, pois, de instrumentalidade qualificada ou elevada ao quadrado.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 177)

²⁴⁰ Sobre essa questão, José Roberto dos Santos Bedaque observa que “nenhum pronunciamento de natureza cautelar é suficiente para, por si só, eliminar o litígio. E a razão é uma só: ele existe em função de outro provimento, com o qual guarda relação de instrumentalidade. Por isso, é provisório.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...* p. 221)

²⁴¹ A diferença entre a tutela cautelar e a tutela possessória é bastante clara para Calamandrei. Ele observa que, mesmo admitindo que não exista um direito subjetivo à posse e que a ação possessória seja, como as ações cautelares, uma mera ação dirigida não à declaração de uma relação jurídica preexistente, mas à disciplinarização de uma relação de fato com efeitos constitutivos *ope iudicis*, não se vislumbra nos provimentos possessórios aquele caráter da *instrumentalidade*, que é essencial e distintivo dos procedimentos cautelares. (*Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares...*, p. 141)

²⁴² “Basta atentar para a ideia central de Calamandrei: a cautelar é providência instrumental e provisória, destinando-se a assegurar a efetividade de outra tutela, cognitiva ou executiva. Nessa linha, toda vez que o sistema admitir determinada medida judicial urgente, sem aptidão para tornar-se definitiva, terá ela natureza cautelar.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...* p. 198)

A provisoriedade está ligada à própria estrutura da tutela cautelar, que é uma tutela instrumental e proferida com base em cognição sumária, ou seja, sem que o magistrado tenha analisado profundamente os fatos, o direito e as provas²⁴⁴. Por tais características, a tutela cautelar não tem aptidão para resolver o conflito definitivamente. Da instrumentalidade, decorre, pois, a provisoriedade da tutela cautelar.²⁴⁵

A eficácia da tutela cautelar é absorvida pelo proferimento da decisão final nos autos do processo ao qual se destina. Por este motivo é que se afirma que a tutela cautelar não é apenas temporária, mas sim provisória.

Provisoriamente não se confunde com temporariedade. Cassio Scarpinella Bueno, lembrando a lição de Calamandrei, observa que “trata-se de aplicação segura (e atualizada) da distinção proposta pelo próprio Calamandrei entre a ‘*provvisorieta*’ e a ‘*temporaneità*’ (*introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 10). ‘*Temporaneo*’, acentua o jurista, é simplesmente o que não dura para sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de qualquer evento, tem, por si só, duração limitada. ‘*Provvisorio*’, ainda de acordo com as lições do Mestre, é o que se destina a durar até o advento de um evento sucessivo em função do qual o estado de provisoriedade se justifica. É expressão que indica o que é destinado a durar somente o tempo intermediário que precede a ocorrência do evento esperado. (...)”²⁴⁶

²⁴³ “O provimento cautelar assemelha-se, pois, aos atos jurídicos submetidos a termo final: é eficaz até a verificação de um acontecimento futuro e certo, qual seja, o provimento definitivo. O primeiro existe em função do segundo, está a serviço deste. Não se trata de condição, pois o acontecimento futuro não é incerto. Procedente ou improcedente a demanda principal, o provimento proferido nesta sede passará a reger a relação material, substituindo aquele provisório que lhe antecipara os efeitos. O provimento cautelar está fadado a extinguir-se, qualquer que seja o resultado do processo principal. Fundada ou infundada a demanda, cessam os efeitos produzidos pela cautelar.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 177)

²⁴⁴ Ainda que a cognição da cautelar seja exauriente, mesmo assim, ela não poderá se tornar definitiva. José Roberto dos Santos Bedaque registra que “embora o pronunciamento cautelar seja em regra precedido de cognição sumária, ainda que tal não ocorra permanece inalterado seu caráter provisório. Mesmo que, em determinada situação, o juiz tenha examinado profundamente o mérito da demanda cautelar, a tutela concedida nessa sede será sempre provisória, pois se destina tão-somente a afastar o perigo de dano ao direito, não a solucionar definitivamente o litígio. A provisoriedade integra a substância da tutela cautelar e não está necessariamente ligada à sumariedade da cognição que quase sempre a antecede.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada ...* p. 271)

²⁴⁵ José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “dessa instrumentalidade decorre a provisoriedade. Como a tutela cautelar é instrumental em relação a outra, esta necessariamente será proferida e a substituirá. Se por qualquer razão não se chegar ao provimento definitivo, também cessará a eficácia da cautelar. Daí se conclui que em qualquer caso revela-se o caráter provisório dessa última.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 177).

²⁴⁶ *Curso...*, v. 04, p. 182.

Outra distinção bastante importante que deve ser feita para se evitar confusões entre o provimento e os seus efeitos, qual seja, a provisoriedade do provimento não se confunde com a provisoriedade dos efeitos da tutela cautelar.

Proto Pisani pontua que “o que ocorre em cada medida cautelar é a provisoriedade do provimento, mas não necessariamente a provisoriedade dos efeitos. O provimento cautelar, quando emanado com base em cognição sumária e não plena, é, por natureza, provisório no sentido de que não poderá jamais reger de forma definitiva os efeitos coligados, ainda que estes, quanto ao conteúdo, sejam totalmente antecipatórios do futuro provimento de cognição plena. De fato, seja o provimento com que se autoriza um sequestro, seja o provimento de suspensão de uma nova obra, seja o provimento de urgência totalmente antecipatório, seja um provimento de instrução preventiva, são sempre provisórios enquanto (prescindindo no momento das consequências da falta de instauração ou extinção da causa de mérito) são inelutavelmente destinados ou a perder eficácia, quando o direito à cautela que os originou seja declarado inexistente no juízo de cognição plena, ou a serem absorvidos (ou substituídos) pelo provimento de cognição plena que reconheça a existência do direito à cautela que tenha sido concedido.”²⁴⁷

Por fim, é interessante notar que provisoriedade da tutela cautelar, cujo provimento nunca poderá se tornar definitivo, não pode ser confundida com a provisoriedade de uma tutela sumária, cujo provimento *poderá* se tornar definitivo, tal como ocorre com o mandado monitório.

Sobre o tema, José Roberto dos Santos Bedaque esclarece que “o provimento sumário, embora provisório, pode tornar-se definitivo ou adquirir maior estabilidade se a parte atingida por sua eficácia não adotar medidas adequadas destinadas a modificá-lo ou se não houver revogação pelo juiz, nas hipóteses legais. Na ausência dessa provocação, porém, a tutela sumária e provisória se torna definitiva. Nesse ponto, a provisoriedade aqui examinada tem significado diverso daquela inerente ao provimento cautelar, que jamais se consolida. Enquanto a tutela cautelar pressupõe necessariamente outra, de caráter definitivo, em função da qual ela existe, a sumária não cautelar é emitida com a possibilidade de ser a única, embora possa haver outra”.²⁴⁸

A tutela cautelar não pode ser confundida com a tutela sumária de urgência, pois aquela é sempre provisória e não tem aptidão para resolver definitivamente o conflito, enquanto que esta pode resolver definitivamente o conflito, mesmo que precedida de cognição sumária.

²⁴⁷ *Lezioni di Diritto Processuale Civile, ...*, p. 598.

²⁴⁸ *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...* p. 270.

Feitas as distinções necessárias, a provisoriedade é da natureza da tutela cautelar que não possui aptidão para se tornar definitiva, visto o seu caráter instrumental e a limitação da cognição com que proferida.

4.10.3 Revogabilidade

A revogabilidade da tutela cautelar está prevista no art. 807 do CPC, que assim dispõe: “as medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.”

Esta revogabilidade é decorrente da cognição sumária com que é concedida a tutela cautelar. Pode ocorrer que, ao longo da dilação probatória referente à tutela definitiva, o juiz se convença da inexistência das circunstâncias que ensejaram a concessão da tutela cautelar, o que deve acarretar sua revogação.²⁴⁹

Parte da doutrina diverge com relação à revogação da tutela cautelar com base em mero juízo de retratação a ser exercido pelo magistrado; isto porque há quem sustente a ocorrência da preclusão *pro judicato*.²⁵⁰

No entanto, entendemos que, em razão da sumariedade, em regra, com que é analisada e concedida a tutela cautelar, nada impede que o magistrado, mesmo sem alteração do quadro fático e independentemente de recurso, convença-se da impropriedade da solução, reveja a sua

²⁴⁹ “A característica é tanto mais importante na medida em que é plenamente admissível que a atuação jurisdicional justifique-se *antecipadamente*, antes mesmo da citação do réu e de seu ingresso no processo e, por consequência, a partir das alegações e das provas produzidas unilateralmente pelo autor em sua petição inicial ou na audiência de justificação designada para os fins do art. 804 (...).

Com o estabelecimento do contraditório e com o aprofundamento da cognição jurisdicional daí derivado, pode-se justificar a *adaptação* da medida adotada pelo magistrado para melhor tutelar os direitos e interesses das partes (e de eventuais terceiros) no plano material e, bem assim, a revogação, total ou parcial, ou a modificação da medida por contrária ao que supervenientemente pôde apreender o magistrado (...).” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 04, p. 186)

²⁵⁰ De acordo com Maurício Giannico, “o que hoje se convencionou chamar, no Brasil, de preclusão *pro judicato* a rigor nada mais é do que a própria *preclusão de questões* (...)”. “A fim de evitar essa intrincada confusão de ideias e de conceitos, deve ser utilizada a expressão ‘preclusão *pro judicato*’ para referir unicamente às ideias de REDENTI e daqueles que aderiram a suas peculiares opiniões. Por outro lado, para designar a impossibilidade de o juiz reapreciar e rever as decisões por ele proferidas ao longo da marcha processual deve ser utilizada a expressão ‘preclusão de questões’ (A *Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007, págs.132/133)

posição e revogue a tutela cautelar concedida²⁵¹. Apesar de posições em sentido contrário, entendemos ser possível a revogação *de ofício* da tutela cautelar, inclusive quando concedida em processo cautelar autônomo, mesmo quando neste processo houver sido proferida sentença, desde que esteja em curso o processo principal.²⁵²

A tutela cautelar não se estabiliza. É uma tutela provisória que, a depender da alteração das circunstâncias em que concedida, pode vir a ser revogada em juízo de retratação, bastando que a tutela não se justifique como necessária à eficácia das tutelas cognitiva e executiva. Sustentar o contrário, ou seja, o fato de que a tutela só pode ser revogada ao final do processo principal, equivaleria à consumação de indevida ofensa à esfera jurídica de uma das partes, mesmo tendo o juiz verificado a sua desnecessidade.

A provisoriedade da tutela cautelar não é compatível com a estabilização pretendida para se evitar a sua revogação, mesmo após sentenciado o processo cautelar, desde que esteja em curso o processo principal. A eficácia da tutela cautelar depende da tutela do processo principal, que, invariavelmente, irá absorver a tutela cautelar (já que é provisória).

Por este motivo, enquanto não concedida a tutela definitiva, que é decorrente de cognição exauriente, parece-nos possível a revogação de ofício da tutela cautelar, mesmo quando sentenciado o “processo cautelar”, mas desde que esteja em curso o “processo principal”.

4.10.4. Preventividade

A preventividade é uma das características da tutela cautelar que está ligada à garantia constitucional do direito de ação (art. 5º, XXXV, CF), cujo objetivo é não só reparar a lesão a direito, como também impedir a sua ocorrência.

²⁵¹ No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque: “Quanto à mera retratação, embora haja divergência na doutrina, não parece ocorrer o fenômeno da preclusão para o juiz. Primeiro porque a cognição realizada para a concessão de liminar em processo cautelar é sumariíssima, nada impedindo se convença o julgador da impropriedade da solução. Nesse caso, inexistente vedação legal a que ele altere sua posição, mesmo porque a providência determinada não visa a produzir efeitos definitivos no plano material. Se a finalidade da tutela cautelar é apenas garantir a efetividade de outra tutela, pode o julgador verificar, no curso do processo, não haver necessidade de medida concedida liminarmente, pois inexistente esse risco.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 156)

²⁵² “Não obstante posições em sentido contrário, defendendo até mesmo o trânsito em julgado da sentença cautelar e a admissibilidade da ação rescisória, parece mais adequada a posição segundo a qual a provisoriedade dessa modalidade de tutela jurisdicional não é compatível com a estabilização pretendida.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*p. 157)

A preventividade traz em si a ideia de urgência, que está relacionada ao *periculum in mora* e à cognição, em regra, sumária, a ser exercida pelo juiz na análise do pedido de tutela cautelar.

A preventividade, no entanto, não é uma característica exclusiva da tutela cautelar. Parte respeitável da doutrina, por exemplo, sustenta que a tutela antecipada concedida com base no inciso I do art. 273, do CPC, também, é preventiva, tal como a tutela cautelar²⁵³. Assim, embora a preventividade seja da natureza da tutela cautelar, não lhe é uma característica exclusiva.

4.10.5 Fungibilidade

A fungibilidade decorre do princípio da instrumentalidade das formas, que, por sua vez, tem origem no amplo acesso à Justiça e aos meios tendentes à eficiência processual.

A fungibilidade da tutela cautelar pode ser analisada sob diferentes aspectos. Num primeiro momento, encontra assento no art. 805 do CPC, o qual dispõe que “a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”.

Esta previsão está em consonância com o princípio da menor onerosidade ao devedor, tal qual positivado pelo art. 620 do CPC, o qual visa equilibrar a situação dos litigantes, satisfazendo o direito de uma das partes, com o menor sacrifício da outra.

É preciso registrar que nem sempre a substituição da tutela cautelar por caução ou outra garantia se mostra viável, porquanto, muitas vezes o que está em disputa se refere a direitos não patrimoniais, cuja violação não é possível de reparação pecuniária, se não, apenas, para compensar os efeitos decorrentes dos danos, tal como, em casos que se tutela o direito à imagem, à honra, à vida. Nem sempre, pois, é possível aplicar a fungibilidade do art. 805 do CPC.

A fungibilidade da tutela cautelar também ocorre com as cautelares nominadas e inominadas. É possível, a depender do caso, ser deferida uma tutela cautelar genérica no lugar de uma tutela cautelar nominada, a fim de atender, através de providências semelhantes, a situação

²⁵³ “A nota crítica que cabe a respeito desta característica é que, dentre outras (...), também a ‘tutela antecipada’, mormente aquela concedida com base no inciso I do art. 273, é *preventiva* no mesmo sentido colocado em destaque pela doutrina tradicional e pela Exposição de Motivos do Código de Processo Civil. (...)” (SCARPINELLA BUENO, CASSIO. *Curso...*, v. 04, p. 181)

em estado de periclitção. Por exemplo, a fim de se evitar a frustração de um direito de crédito, é possível deferir-se uma providência semelhante ao arresto (*e não o próprio arresto*), via dever-poder geral de cautela, mesmo quando o requerente não comprovar todos os requisitos do art. 814 do CPC, desde que a plausibilidade de seu direito esteja comprovada por outro meio.²⁵⁴

Não se está sustentando que o dever-poder geral de cautela assuma as funções das tutelas cautelares nominadas. O que se propugna é que a parte não fique carente de tutela jurisdicional, tal como quer o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. O dever-poder geral de cautela exerce, pois, uma função residual. No entanto, não é toda e qualquer situação que deve ser tutelada via dever-poder geral de cautela, mas apenas situações em que, em razão da plausibilidade do interesse a ser protegido e diante da urgência, a parte receba uma tutela jurisdicional apta a evitar a ameaça ou a lesão a direito, ainda que não estejam preenchidos os requisitos legais específicos pré-concebidos pelo legislador.

Por fim, vale destacar que a fungibilidade também ocorre entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, conforme a previsão do §7º, do art. 273 do CPC, que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presente os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental ao processo ajuizado.”

A fungibilidade também se refere à relação entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, tal como quer a previsão do art. 273, §7º, do CPC.

Entendemos, neste caso, que a fungibilidade é de mão dupla, ou seja, a fungibilidade não ocorre apenas quando se pede tutela antecipada no lugar de tutela cautelar. Ocorre também a fungibilidade quando se pede tutela cautelar no lugar de tutela antecipada.²⁵⁵

²⁵⁴ Sobre a corrente que defende a possibilidade do exercício do Dever-Poder Geral de Cautela em situações que sejam objeto de alguma cautelar tipificada, Cassio Scarpinella Bueno afirma que “não há como recusar acerto a este entendimento quando analisada a questão desde o ‘modelo constitucional do processo civil’. As consequências a serem extraídas pelo intérprete e pelo aplicador do direito da amplitude do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal são irrecusáveis: não há como conceber que quaisquer situações de lesão ou de ameaça fiquem carentes de tutela jurisdicional quando o próprio sistema autoriza no art. 798 (e, por identidade de razões, no art. 273 ...) que o magistrado determine ‘as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.’” (*Curso...*, v. 04, p. 211)

²⁵⁵ Cândido Rangel Dinamarco esclarece que “a redação do §7º do art. 273 não é suficientemente clara porque dá a impressão de que somente autorizaria o juiz a receber como cautelar uma demanda proposta com o título de antecipação, e não o contrário. Essa impressão é falsa, porque é inerente a toda fungibilidade a possibilidade de intercâmbio recíproco, em todos os sentidos imagináveis. Não há fungibilidade em mão única de direção. Já é geralmente aceito, diante disso, que o novo dispositivo autoriza o juiz, amplamente, a receber qualquer pedido de

Cândido Rangel Dinamarco bem observa que “é verdadeiramente correta, útil e oportuna a inovação trazida pela segunda *Reforma*, ditando a fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias. É correta no plano conceitual, porque não há razão para distinguir tão rigidamente umas de outras. É útil na prática, porque permite superar erros ou divergências quanto à correta qualificação de uma demanda ou de uma medida em uma dessas categorias, ou na outra, o que vem sendo causa de dificuldades e constrangimentos para partes, advogados, juízes. E, metodologicamente, a regra explícita da fungibilidade tem o mérito de sugerir a visão unitária do grande gênero *medidas urgentes*, que é caminho aberto para o enriquecimento da teoria das medidas antecipatórias, à luz das inúmeras regras explícitas endereçadas pelo Código de Processo Civil às cautelares.”²⁵⁶

O que se deve ter em mente é evitar que a parte fique privada da necessária tutela jurisdicional em situações que requeiram uma decisão judicial urgente, a fim de evitar a ocorrência de lesão a direito.

4.10.6 Referibilidade

A tutela cautelar não se confunde com a “tutela do processo” principal. De acordo com Ovídio Baptista da Silva, “o objeto da ação cautelar há de ser sempre, primariamente, um direito da parte, ou uma pretensão ou ação, ou até mesmo uma simples exceção substancial (...).”²⁵⁷

O art. 801 do CPC exige que o autor da “ação cautelar” faça constar na petição inicial menção à lide e a seu fundamento, o que é reconhecido pela doutrina como *referência* (daí o termo *referibilidade*) da “ação cautelar” com a “ação principal” e a sua tutela final definitiva.

Daniel Mitidiero assinala que “existe um vínculo de *referibilidade* entre a *tutela do direito* e a *tutela da segurança do direito*. O direito à segurança do direito visa à outorga de *proteção conservativa* à tutela do direito. Refere-se e reporta-se sempre à proteção jurídica devida ao

tutela urgente, enquadrando-o na categoria que entender adequada, ainda que o demandante haja errado ao qualificar o que é cautelar como antecipação, ou o que é antecipação, como cautelar.” (*Nova Era do Processo Civil...*, p. 70)

²⁵⁶ *Nova Era do Processo Civil...*, p. 70.

²⁵⁷ “A inclusão deste pressuposto coloca-nos, mais uma vez, em divergência com a doutrina dominante que confunde, como já vimos, a proteção cautelar com *tutela do processo* e apenas indiretamente e por via reflexa podendo proteger igualmente um direito subjetivo da parte. Temos constantemente insistido em que o objeto da proteção cautelar há de ser sempre, primariamente, um direito da parte, ou uma pretensão ou ação, ou até mesmo uma simples exceção substancial, como se dá na hipótese da denominada *execução de insegurança* do art. 1.092 do Código Civil, em que a parte que obtém a caução, não tem ação a propor mas apenas *pretensão à segurança*”. (SILVA, Ovídio Baptista. *Do Processo Cautelar*, 1996, p. 84).

direito no plano do direito material. O arresto, por exemplo, visa à proteção do direito à tutela ressarcitória. Como observa com razão a doutrina, ‘na medida cautelar, se prestarmos atenção ao verbo assegurar, veremos que a referibilidade a uma situação a que se dá proteção é inafastável. Quem dá segurança, protege alguma coisa, dá segurança a alguma coisa que deve estar especificamente individualizada. A proteção cautelar há de estar ligada a um interesse juridicamente relevante, afirmado – e a tônica reside precisamente nessa mera afirmação do direito, pretensão, ação ou exceção carentes de proteção assegurativa – por quem a postula.’²⁵⁸

A tutela cautelar sempre tem como referência a tutela principal. Garantir a eficácia desta tutela é o objetivo da tutela cautelar, através de provimentos conservativos ou satisfativos.

Nem sempre é tarefa simples localizar a referibilidade da tutela cautelar, porquanto em alguns casos não há uma pretensão final de se buscar uma condenação, uma declaração ou uma constituição (ou desconstituição) de uma relação jurídica. O que se quer, nestes casos, é apenas a proteção urgente a um direito “inquestionável”. Sobre tais situações, Kazuo Watanabe afirma que “os atos que põem em perigo alguns direitos de personalidade, como os direitos à vida, à liberdade, à saúde (integridade física e psíquica), à honra, igualmente, podem ser ilegais em si mesmos, e nessas hipóteses, evidentemente, não existirá qualquer ação principal, pois a ‘referibilidade’ é a direitos que são inquestionáveis e, por isso, seria desnecessário que fossem objeto de ação declaratória.”²⁵⁹

Por este motivo, Kazuo Watanabe observa que o campo de aplicação da tutela cautelar se amplia, pois “se torna admissível a pretensão cautelar mesmo naquelas hipóteses em que não se consegue visualizar uma ‘referibilidade’ a um direito ou a uma pretensão de direito material dita ‘principal’”.²⁶⁰

A doutrina se debruça sobre o tema há tempos, com o intuito de resolver esta questão: atenuar, em certos casos, a exigência da ação principal seguida à ação cautelar.²⁶¹

²⁵⁸ *Antecipação da tutela: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

²⁵⁹ *Cognição...*, p. 147.

²⁶⁰ *Cognição...*, p. 146.

²⁶¹ “Uma regra prática talvez auxilie a determinação dos casos de dispensabilidade da ação principal: quando esta for uma ação meramente declaratória, pode-se afirmar, em princípio, que é desnecessária a ação principal, pois a ação declaratória é proposta por quem queira (e não por quem esteja obrigado) obter a declaração de certeza. Ordinariamente, nas hipóteses em que a declaratória é a ação principal, a parte contrária está habilitada a propor uma ação condenatória, de sorte que é muito mais razoável, e até mesmo mais prático, que se pensa na inversão da iniciativa da demanda. São bastante frequentes, no foro de São Paulo, os pedidos de sustação de protesto de duplicata

Por fim, a satisfatividade não exclui a referibilidade. Isto porque a tutela cautelar é provisória. Assim sendo, para a solução definitiva do litígio, sempre se fará necessário o ajuizamento da ação principal, à qual a cautelar se relaciona.

Sobre a satisfatividade e a referibilidade da tutela cautelar, José Roberto dos Santos Bedaque destaca que, mesmo que a providência antecipe, total ou parcialmente, os efeitos do provimento final, a satisfatividade provisória por ela gerada não faz perder de vista a necessidade da tutela definitiva. Esta é imprescindível, porque a tutela cautelar, com caráter satisfativo, limitou-se a antecipar efeitos de maneira provisória. Para que a eficácia se torne definitiva, faz-se necessário o reconhecimento do respectivo direito, o que somente ocorrerá com a tutela final. Aí, sim, declarado definitivamente o direito a que os efeitos concedidos antecipadamente se referem (referibilidade), estes assumem também o caráter definitivo.²⁶²

4.10.7. Autonomia

A autonomia da tutela cautelar é sustentada, principalmente, por Ovídio A. Baptista da Silva, que afirma a existência de um direito material de cautela.

A doutrina tradicional costuma tratar a cautelar como uma “terceira classe” de processo, ao lado dos “processos de conhecimento” e dos “processos de execução”.

Ovídio A. Baptista da Silva²⁶³ destaca, no entanto, que Calamandrei não aceita a doutrina que antepõe a tutela cautelar como um *tertium genus* entre as providências de cognição e de execução porque, segundo Calamandrei, o que as individualiza não é a ‘qualidade de seus efeitos’, porém a peculiaridade característica de consistirem elas em providências destinadas a proteger o provimento principal, portanto na relação de *instrumentalidade* que liga, indefectivelmente, a providência cautelar à providência principal que lhe cabe tutela.

De acordo com Ovídio, este resultado acaba contrapondo as *medidas de conservação* aos provimentos jurisdicionais típicos de *cognição* e de *execução*, enquanto aquelas, para desempenharem a sua função instrumental, não terão jamais uma finalidade em si mesmas,

não aceita, em que a alegação da parte consiste na inexistência da relação jurídica cambiária (duplicata fria, por exemplo). À ideia estratificada de que toda ação cautelar constrictiva supõe uma ação principal proposta no trintídio apressam-se os advogados em aforar a ação declaratória negativa e cuidam os juízes de sua parte, de fiscalizar o cumprimento da exigência que supõem prevista em lei.” (WATANABE, Kazuo. *Cognição...*, p. 147)

²⁶² *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 217.

²⁶³ *Do Processo Cautelar*, p. 42.

estando preordenadas a proteger a cognição e a execução. Assim, pois, se para Calamandrei, as medidas cautelares não se contrapõem ao processo de cognição e ao de execução – por sua *substância*, ou pela qualidade de seus efeitos. Dado que os provimentos cautelares, como dito, têm conteúdo de *cognição* ou de *execução*, eles se distinguem em razão da *finalidade* para a qual foram criados, enquanto providências destinadas em assegurar a eficácia das tutelas cognitiva e executiva²⁶⁴.

Para Ovídio²⁶⁵, a autonomia da tutela cautelar está vinculada ao direito substancial de cautela, que “na perspectiva do processo cautelar, é ingrediente que entra como um dado, como um pressuposto a legitimar a outorga da tutela assecurativa; pressuposto este, todavia, que não encontrará, jamais, ambiente para se ver *declarado* existente na demanda cautelar, permanecendo, mesmo depois da sentença final de procedência, como uma simples hipótese ou como uma simples possibilidade de existência efetiva²⁶⁶.”

A autonomia da tutela cautelar estaria, pois, baseada em, no mínimo, dois pressupostos decisivos para a exclusão desta tutela do “processo de conhecimento”²⁶⁷. O primeiro pressuposto, diz respeito ao fato de que somente poderá haver *decisão*, segundo a doutrina tradicionalista que entende que a única decisão é aquela proferida em processo de conhecimento, quando o provimento judicial compuser definitivamente a lide, a ser resolvida no “processo de conhecimento”.

Sob esta ótica, a tutela cautelar é prestada sem que a sentença certifique a existência do direito que justifique o seu fundamento. Trata-se de atividade cognitiva do magistrado com base em juízo de verossimilhança.

Daniel Mitidiero registra que o vínculo de referibilidade não turva a *autonomia material* do direito à segurança do direito. “É que o direito à tutela cautelar pressupõe apenas a *provável existência* do direito à tutela do direito. Em outras palavras, o direito à segurança da tutela do direito contenta-se com a verificação sumária da existência ou não do direito acautelado. Essa é a razão pela qual é perfeitamente possível defender o direito material à cautela como um *direito bastante em si* – o direito à segurança do direito refere-se a uma *tutela do direito simplesmente*

²⁶⁴ *Id.*, p. 42.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 40.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 75.

²⁶⁷ Além desses dois pressupostos, Ovídio ainda se refere aos arrasadores efeitos causados no direito processual decorrente do fato de se “*identificar a sociedade de empresários com a sociedade em geral*”. (*Do Processo Cautelar...*, 2001, p. 41)

afirmada existente. O que se declara existente ou não em cognição exauriente é o direito à cautela, não o direito acautelado.”²⁶⁸

O segundo pressuposto diz respeito ao fato de que o “processo de conhecimento” descende diretamente da *actio*, enquanto a tutela cautelar provém dos *interdicta* romanos, de modo que o resultado do primeiro haverá de corresponder a uma *sententia*, de um *iudex* privado, impotente para realizar a sanção que a sentença condenatória, que segundo Liebman, apenas ‘aplica’, porém não *realiza*.

Alcides Munhoz da Cunha observa que Ovídio demonstra que a tutela cautelar goza efetivamente de uma autonomia funcional absoluta, em face da autonomia da própria pretensão à segurança e da respectiva “*ação cautelar*”, cuja ação é encarada por OVÍDIO e PONTES DE MIRANDA na perspectiva do direito material (que seria o sentido próprio ou adequado).²⁶⁹

Humberto Theodoro Júnior registra, neste sentido, que dentro da função jurisdicional, há uma ação cautelar e um processo cautelar, ao lado das ações e processos de cognição e de execução, cujo traço diferenciador, em face das demais atividades jurisdicionais, está no fim específico, que é a prevenção. Isto quer dizer que não se busca com a cautela a composição da lide (fim da atividade jurisdicional principal), mas tão-somente a eliminação de situações perigosas que possam afetar, eventualmente, a eficácia do futuro provimento principal ou de mérito²⁷⁰.

O escopo de prevenção e o direito substancial de cautela justificariam, pois, a autonomia da tutela cautelar, de acordo com o posicionamento encabeçado por Ovídio A. Baptista da Silva.

²⁶⁸ *Antecipação da tutela: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

²⁶⁹ *Comentários ao código de processo civil...*, p. 229.

Alcides Munhoz da Cunha observa, ainda, que “a tutela cautelar existe de modo imprescindível em qualquer ordenamento jurídico de um Estado democrático. Seu fundamento é um direito de cautela, subsidiário que visa superar autonomamente a insuficiência da tutela normativa e das tutelas jurisdicionais primárias, para preservar a integridade ou idealidade possível de interesses juridicamente relevantes, diante de uma situação emergencial de perigo de dano irreparável a esses interesses, produzindo por isso medidas adequadas, conservativas ou antecipatórias do *fumus*, para afastar o perigo e manter a idealidade dos interesses periclitantes quer esses coincidam ou não com o *fumus*.” (*Comentários ao código de processo civil...*, p. 392)

²⁷⁰ *Processo Cautelar...*, p. 57.

4.11. A RELAÇÃO DA TUTELA CAUTELAR COM O DIREITO MATERIAL

As atividades desenvolvidas pelo juiz, em sede cautelar, são cognitivas e executivas. Com relação às atividades cognitivas, pode-se afirmar que ela é realizada pelo juiz com base em juízo sumário, o que implica análise de elementos de direito material, que serão discutidos no bojo do “processo principal”.

Muito embora a tutela cautelar tenha por escopo final a eficácia da jurisdição, é natural que ela, de alguma forma, verse sobre questões atinentes à relação jurídica de direito material. Tanto é assim que, em determinadas situações, para se comprovar um dos requisitos para a concessão da tutela cautelar, no caso o *fumus boni iuris*, o requerente da tutela tem que adentrar no próprio mérito da relação jurídica de direito material.

Em ocorrendo alterações no plano do direito material, poderão ocorrer modificações no cabimento da tutela cautelar. Por exemplo, se a situação de fato sofrer alteração, a plausibilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*) poderá deixar de existir ou se agravar, pois as questões processuais respondem às alterações de aspectos do direito material. Não se pode negar, pois, que há um vínculo existente entre a tutela cautelar e o direito material.

José Roberto dos Santos Bedaque, alerta, no entanto, que é muito difícil fixar exatamente o limite entre a probabilidade de que o direito exista e a efetiva existência do direito. Nestes casos, a saída é ater-se à profundidade da cognição, a qual é diferente na “ação cautelar” (*sumária*) e na “ação principal” (*exauriente*).²⁷¹

Por tais razões, é pertinente observar que o direito processual deve incorporar valores do plano material, distanciando-se de premissas falsas de que o processo é um instrumento meramente técnico. O processo não serve ao processo, mas sim ao direito.

²⁷¹ “A fixação exata do limite entre a probabilidade de que o direito exista e a efetiva existência do direito constitui função delicada do julgador, para a qual deve ele dedicar atenção especial, sob pena de acabar confundindo o mérito de ambas as tutelas. O único meio de se estabelecer a distinção é atentar para a profundidade da cognição a ser feita da relação material. A tutela cautelar requer exame superficial, sumário, enquanto a principal ou definitiva é antecedida por cognição profunda e exauriente. Essa análise não exauriente, própria da tutela cautelar, revela a presença, em seu conteúdo, de elementos inerentes ao direito material. Deve o juiz verificar se o direito, a ser protegido em outra sede, merece a tutela provisória, porque provável. Nos limites da cognição permitida no âmbito da cautelar, verifica o julgador se a situação revela-se verossímil, ou seja, passível de proteção provável.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 190.)

Diante dessas considerações, excluindo-se a cautelar de produção antecipada de provas, é impossível afirmar que as tutelas cautelares têm conteúdo puramente processual sem qualquer relação com o direito material.²⁷²

4.12 A COGNIÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DAS TUTELAS CAUTELARES

De acordo com a lição de Kazuo Watanabe, a cognição²⁷³ pode ser dividida em dois planos, um horizontal (extensão, amplitude) e outro vertical (profundidade)²⁷⁴.

No *plano horizontal*, a cognição está limitada aos elementos objetivos do processo (questões processuais, tais como as condições da ação, e mérito). Neste plano, a extensão da cognição pode ser *plena* ou *limitada (parcial)*. No *plano vertical*, a cognição pode ser a cognição pode ser *sumária (incompleta)* ou *exauriente (completa)*.

De acordo com a amplitude e aprofundamento da cognição, aumenta o índice de segurança sobre a certeza da questão discutida entre as partes. Por assim dizer é que a cognição plena (em sua horizontalidade) e exauriente (em sua verticalidade) é a cognição típica do “processo de conhecimento” (*plenário*).

Kazuo Watanabe observa que “a solução definitiva dos conflitos de interesses é buscada por provimento que se assente em *cognição plena e exauriente*, vale dizer, em procedimento *plenário* quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e *completo* quanto à profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela

²⁷² No mesmo sentido: José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 190.

²⁷³ Cassio Scarpinella Bueno esclarece que “por ‘cognição jurisdicional’ deve ser entendido o estudo sobre as diversas formas pelas quais o legislador pode autorizar que o juiz conheça, no sentido de apreciar, dos conflitos de interesse para ele apresentados para solução.” (*Curso...*, v. 01, p. 374)

²⁷⁴ “Numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: *horizontal* (extensão, amplitude) e *vertical* (profundidade).

No *plano horizontal*, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (*trinômio*: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns *binômio*, com exclusão das condições da ação; para Celso Neves: *quadrinômio*, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição pode ser *plena* ou *limitada* (ou parcial), segundo a extensão permitida.

No *plano vertical*, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta).

Há, ainda, a cognição em sua forma mais tênue e rarefeita, sendo mesmo eventual, que é a cumprida no processo de execução, mas essa modalidade não será considerada neste trabalho em razão de seu objetivo, que tem por centro de observação, como já ficou anotado, a cognição em suas aplicações mais genéricas e comuns.” (*Cognição*, p. 118)

o Estado confere a autoridade de coisa julgada. ‘Processo ordinário’ é, exatamente, aquele concebido com esse objetivo. No dizer expressivo de Victor Fairén Guillén, ‘el juicio ordinario, se basa y ha basado siempre en el deseo de acabar para siempre con el litigio entre las partes de manera judicial, de tal modo que no sea posible un nuevo proceso sobre el punto resuelto (a excepción de los remedios extraordinarios de revisión)’, e esclarece que ‘el antiguo *solemnis ordo iudiciarius* respondía a este tipo procedimental’²⁷⁵.

Ocorre que nem sempre é possível aguardar o desenvolvimento da cognição plena e exauriente, como ocorre nos procedimentos plenários. Há casos em que, diante da urgência da situação, não há como aprofundar a análise sobre o mérito da causa. O magistrado, diante de um pedido urgente, deve realizar a sua cognição apenas para verificar a plausibilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*) e o risco da demora (*periculum in mora*).²⁷⁶

Muito embora a cognição plena seja a técnica que deve prevalecer, pois é por meio dela que a ampla defesa e o contraditório são exercidos em seu grau máximo, essa técnica não pode se sobrepor à efetividade do processo²⁷⁷. Luiz Fux afirma que “entre o *periculum in mora* e a apuração da verdade real, o ordenamento prestigia o primeiro, autorizando a concessão da providência diante de um juízo de probabilidade, aliás, compatível com as situações de urgência.”²⁷⁸

Por este motivo é que a doutrina afirma que a sumariedade da cognição é um dos elementos que caracteriza os “processos cautelares”²⁷⁹, pois, “entre a perfeição e a celeridade, o legislador procurou privilegiar esta última, mas em contrapartida deixou de conferir a autoridade de coisa julgada material ao conteúdo declaratório assentado em cognição sumária”²⁸⁰.

²⁷⁵ *Cognição...*, p. 120.

²⁷⁶ De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, “para concessão da tutela cautelar, a cognição no plano material é realizada apenas para verificar a plausibilidade e o risco da demora. Na antecipação o juízo de probabilidade é feito com o fim de se entregar desde logo o bem da vida ao autor. A sentença ainda inexistente já produz efeitos como se existisse. A tutela cautelar, deferida em processo autônomo ou de forma incidente no processo de conhecimento se esgota na prestação da segurança, garantido ao interessado não o próprio bem da vida pleiteado.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 308).

²⁷⁷ Nesse sentido: José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 259.

²⁷⁸ *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 58.

²⁷⁹ Nesse sentido: Kazuo Watanabe (*Cognição...*, p. 144), José Roberto dos Santos Bedaque (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 252), Cassio Scarpinella Bueno (*Curso...*, v. 04, p. 184) e Luiz Fux (*Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 8).

²⁸⁰ WATANABE, Kazuo. *Cognição ...*, p. 148.

Luiz Fux esclarece que há ações em que a cognição é plena e ilimitada e outras em que é limitada ou incompleta. Imperativos de Justiça por vezes, impedem a cognição exauriente. Em regra, nas hipóteses em que o juízo provê sob urgência, a cognição deve ser sumarizada para ser compatibilizada com as necessidades da causa. O exame vertical impediria o juízo de atender ao postulado da celeridade.²⁸¹

No caso da tutela cautelar, a cognição sumária possibilita o julgador decidir com base na plausibilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*), com base juízo de verossimilhança, e não de certeza, o que só ocorrerá após a realização de cognição plena e exauriente.²⁸²

A sumariedade da cognição do “processo cautelar”, contudo, não é pacífica na doutrina. Alcides Munhoz da Cunha, para quem o “processo cautelar” tem uma *cognição especial*, observa que a denominação de cognição sumária para o “processo cautelar” deve ser considerada imprópria. Isto porque o provimento cautelar não atua sobre o mesmo direito que será discutido no “processo principal”, mas sobre “direito subsidiário de cautela através de uma lide específica”²⁸³. Não se pode comparar o conteúdo reduzido da pretensão cautelar com relação à

²⁸¹ “Considere-se, ainda, embutida na expressão ‘cognição sumária’ a regra *in procedendo*, que permite ao juízo prover *initio litis* sem correspondência com a maior ou menor evidência do direito pleiteado em juízo. É o que ocorre, v.g., com o mandado de segurança, que exige direito líquido e certo, e autoriza o juízo a concedê-lo sumariamente. A atividade sumária não tem correlação com o grau de convencimento do juízo acerca do direito, revelando-se em expediente autorizativo de um julgamento com base em ‘lógica razoável’ em função da necessidade de prover de imediato. Mas nada obsta a que se tenha que se prover de imediato com base em direito evidente. Destarte, se o direito não for evidente mas se tornar premente a tutela, autoriza-se a sumarização da cognição com o provimento imediato calcado em juízo de mera probabilidade, como sói ocorrer com a tutela cautelar.” (FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...* p. 8.)

²⁸² Cassio Scarpinella Bueno observa que “o desenvolvimento de ‘cognição sumária’ toma como ponto de partida o que Marcelo Lima Guerra (*Estudos sobre o processo cautelar*, pp. 20-22) chama de ‘hipoteticidade’, isto é, a predestinação de a tutela cautelar referir-se à proteção de um provimento jurisdicional incerto e futuro (probabilidade de sua ocorrência) ou, como prefere este *Curso*, a um direito cuja existência ainda não foi reconhecida de maneira definitiva pelo Estado-juiz. Trata-se de característica que se relaciona, por isso mesmo, ao papel desempenhado pela expressa latina ‘*fumus boni iuris*’.

É importante destacar que a ‘cognição sumária’, embora característica do ‘processo cautelar’- e mais tecnicamente, pelas razões apresentadas pelo n. 1.1, *supra*, à ‘tutela cautelar -, não é exclusiva dele. Em variadas situações, o sistema processual civil pode, principalmente quando preocupado em realizar o seu ‘modelo constitucional’, autorizar – e, de resto, são inúmeras as situações em que ele autoriza – que o magistrado decida e satisfaça direitos em diferentes níveis de *profundidade* e de *extensão* da cognição jurisdicional (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III), sem que isto, por si só, renda ensejo a uma tutela que possa, para os fins do Livro III do Código, ser compreendida como verdadeiramente cautelar.” (*Curso...*, v. 04, p. 184)

²⁸³ “Todavia, é de se considerar imprópria, processualmente, essa denominação cognição sumária para a cognição cautelar, diante da consideração de que o provimento cautelar não atua sobre o mesmo direito que haverá de ser atuado nas lides cognitivas, de cognição exauriente ou de cognição sumária. Atua o direito subsidiário de cautela através de uma lide específica. Os critérios de ordinarização e sumarização têm que ser aplicados no âmbito interno

pretensão principal e daí concluir que a cognição do “processo cautelar” é sumária. No “processo cautelar” existe uma outra lide, com fundamento em direito subsidiário de cautela. Não se trata de uma pretensão reduzida, mas de uma pretensão autônoma.²⁸⁴

Sem tirar os méritos deste raciocínio, filiamo-nos àqueles que entendem pela sumariedade da cognição do “processo cautelar”, pelos motivos já expostos.

Deve ser observado, por fim, que, conforme alertado por Luiz Fux, a cognição sumária “não revela um descompromisso com a análise vertical do direito, senão uma regra *in procedendo* que autoriza o juízo a decidir pelas ‘aparências’, acaso o direito *sub judice* demande funda indagação e necessite de tutela rápida.”²⁸⁵

4.13 DURAÇÃO DA TUTELA CAUTELAR

A duração da tutela cautelar está prevista no art. 807 do CPC, o qual dispõe que “as medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.” O parágrafo único do referido artigo assim complementa: “salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.”

O prazo do “artigo antecedente” mencionado no *caput*, diz respeito ao prazo de 30 dias para que o requerente ajuíze a “ação principal” previsto no art. 806 do CPC. Este prazo começa a contar a partir do cumprimento da tutela cautelar (*e não do seu deferimento*).

O art. 807 do CPC também dispõe que as cautelares conservam a sua eficácia na pendência do processo principal. Trata-se de uma situação externa ao “processo cautelar”. Com

da categoria dos direitos subjetivos primários.” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*, v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 387)

²⁸⁴ “Comparando-se a técnica de sumarização parcial ao fenômeno cautelar poder-se ia ser levado a pensar em um primeiro momento que a pretensão cautelar, tendo conteúdo reduzido em relação à pretensão ideal ou principal (quando houver inter-relação de lides), submeter-se-ia a essa técnica, correspondendo a uma lide parcial. Todavia, não é isso o que ocorre. Na tutela cautelar há outra lide, com fundamento em direito subsidiário de cautela, cuja pretensão se funda nas concretas razões de *fumus* e de *periculum damnum*. Não se trata, pois, a pretensão cautelar de uma pretensão sumarizada, mas de pretensão autônoma. Os seus procedimentos, que comportam uma *sumarização ritual*, são adequados ou suficientes para cognição especial e peculiar à tutela cautelar, ressalvada a possibilidade de fungibilidade de técnicas, em face faz inovações ocorridas com o inciso I do artigo 273, e §3º, do artigo 461 do CPC.” (Comentários ao código de processo civil, p. 396)

²⁸⁵ FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 58.

efeito, é preciso analisar a relação existente entre a sentença do processo principal e a tutela cautelar concedida antecipadamente ou na sentença que julga o “processo cautelar”.

Carnelutti ensina que “o que existe de diferente quando o processo é cautelar em comparação com o efeito do processo definitivo é o aspecto temporal da eficácia, a qual, se o processo é cautelar e, portanto, não visa mais do que garantir o processo definitivo, não há razão para que se prolongue depois do momento em que se extingue ou se encerra o processo definitivo; por isso a eficácia da cautela judicial está ligada à pendência do processo definitivo, que constitui um pressuposto dela.”²⁸⁶

Importa destacar duas situações: (i) quando a sentença do “processo principal” é proferida no mesmo sentido da tutela cautelar; e (ii) quando a sentença do “processo principal” é proferida em sentido contrário ao da tutela cautelar.

No primeiro caso, quando a sentença do “processo principal” é no mesmo sentido da tutela cautelar, esta conserva a sua eficácia. Se a parte contrária interpuser a apelação contra a sentença do “processo principal” e esta apelação for recebida no efeito suspensivo, a tutela cautelar continuará a surtir seus efeitos, porquanto, em regra, o recurso apenas suspende os efeitos da sentença do processo principal, *e não da tutela cautelar*.

Se a parte contrária interpuser apelação e o seu recurso for recebido apenas no efeito devolutivo, considerando as hipóteses dos incisos do art. 520 do CPC, ou da legislação extravagante, a sentença do processo principal terá efeitos imediatos e, portanto, passará a regular a situação *cautelanda* no lugar da cautelar. Esta conclusão se aplica para aqueles que entendem que a tutela cautelar tem aptidão para gerar efeitos diretamente no plano material, tal como a posição defendida por este trabalho. A concepção tradicional da “instrumentalidade” da tutela cautelar se contenta com o mero proferimento da sentença do “processo principal” para fazer cessar a duração da cautelar, independentemente dos efeitos do recurso que a impugnar.

Com relação à segunda hipótese, quando a sentença do “processo principal” é proferida em sentido contrário à tutela cautelar, faz-se necessário analisar o momento em que o processo cautelar foi julgado: (i) antes do julgamento do processo principal; ou (ii) juntamente com o processo principal.

²⁸⁶ *Instituições de Processo Civil*, v. 1, tradução: Adrián Sotero De Witt Batista, Campinas: Servanda, 1999, p. 206.

Se o “processo cautelar” já tiver sido sentenciado, antes do “processo principal”, a melhor interpretação, de acordo com Galeno Lacerda²⁸⁷, é a de que prevalece a letra do art. 807 do CPC, isto é, a tutela cautelar deve durar até o julgamento final do “processo principal”, incluindo-se o julgamento da apelação a ser interposta.

Apesar do proferimento da sentença do “processo principal”, a eventual interposição de apelação tem o efeito de manter a lide pendente (*litispendência*), em razão do efeito obstativo do recurso. Por este motivo, o processo principal ainda perdura (*mesmo com sentença contrária à tutela cautelar*), fazendo com que esta última conserve a sua eficácia.

Cassio Scarpinella Bueno explica que essa regra deve ser entendida como se “o legislador tivesse assumido o risco de o pedido do autor, sucumbente no primeiro grau, vir a ser acolhido, mercê da fase recursal, a pressupor que seu resultado possa, a final, ser plenamente útil, tarefa a ser desempenhada, pela conservação da anterior ‘tutela cautelar’”. O §2º do art. 687 do CPC/1939, a propósito era mais enfático ao vincular o fim da ‘tutela cautelar’ ao trânsito em julgado da sentença do ‘processo principal’ nos seguintes termos: ‘Se a sentença que resolver a lide transitar em julgado, cessará de pleno direito a eficácia da medida, embora não expressamente revogada’”²⁸⁸.

Se o “processo cautelar” for julgado juntamente com o “processo principal”, tal como ocorre na maioria dos casos - ao arrepio da autonomia das cautelares - a tutela cautelar será revogada, ocorrendo a aplicação implícita do parágrafo único do art. 807, que prevê a revogação ou modificação da tutela cautelar a qualquer tempo.

Isso porque é assente, na doutrina e jurisprudência, que a cognição *exauriente* do “processo principal” é incompatível com a cognição *sumária* do “processo cautelar”.

Neste caso, mesmo que a sentença seja recorrida, a duração da tutela cautelar terá cessado, porquanto a apelação interposta contra sentença que julgar o “processo cautelar” tem efeito meramente devolutivo, nos termos do art. 520, IV, do CPC.

Com relação à duração da tutela cautelar, há mais duas derradeiras hipóteses. Uma delas está na previsão do parágrafo único do art. 807 do CPC, que diz que a tutela cautelar “conservará a sua eficácia durante o período de suspensão do processo”, salvo decisão judicial em contrário – o que está de acordo com a regra geral do art. 266 do CPC.

²⁸⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4ª ed., vol. VIII, tomo I, artigos 796 a 812, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992, p. 225.

²⁸⁸ SCARPINELLA BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso...*, v. 04, p. 194.

E, por fim, a duração da tutela cautelar, por decorrência lógica, também termina com a sentença proferida no próprio “processo cautelar”, haja vista a ausência de efeito suspensivo ao recurso de apelação cabível diante da sentença que julga o processo cautelar, conforme o inciso IV do art. 520 do CPC.

4.14 REVOGAÇÃO OU MODIFICAÇÃO DA TUTELA CAUTELAR

A revogação ou modificação da tutela cautelar está prevista no art. 807, *caput*, do CPC, o qual diz que as “medidas cautelares” “podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

Trata-se de regra que autoriza o magistrado a revogar ou a modificar o provimento cautelar concedido, para melhor tutelar a questão posta em Juízo, de acordo com as circunstâncias do caso.

A revogação ou modificação da tutela cautelar faz-se imprescindível, sobretudo diante da possibilidade de se conceder a tutela sem a oitiva da parte contrária, conforme a previsão do art. 804 do CPC, ou seja, com base apenas nos argumentos apresentados por uma das partes. Com o desenvolvimento de um contraditório mínimo entre as partes, o juiz poderá se convencer de que a tutela cautelar deve ser revogada ou, apenas, modificada.

Ademais, o art. 807 do CPC, ao autorizar a revogação da tutela cautelar a qualquer tempo, tem ampla aplicação prática quando o “processo principal” e o “processo cautelar” são julgados conjuntamente (*em uma única sentença*) para o fim de se rejeitar o pedido do autor. Nesse caso, a tutela cautelar acaba sendo revogada por conta da sentença proferida no “processo principal”, conforme as considerações expostas no item anterior.

4.15 CESSAÇÃO DA TUTELA CAUTELAR

O art. 808 do CPC cuida das hipóteses em que “cessa a eficácia da medida cautelar”. A primeira delas, prevista no inciso I, diz respeito, no caso das cautelares preparatórias ou antecedentes, ao não ajuizamento da “ação principal” pela parte requerente no prazo do art. 806 do CPC, que é de trinta dias.

O prazo para apresentação da “ação principal” não tem início na data do deferimento, mas sim na data do *cumprimento* da tutela. Se o provimento concedido aceitar cumprimento em

partes, ou seja, através de diversos atos consecutivos, o prazo para apresentação deve ser contado do primeiro ato de execução; e não do momento em que se complementam integralmente todos os atos de contrição, isto porque, trata-se de prazo de natureza *processual*, que, por consequência, não gera efeitos ao direito da parte no plano material.

A segunda hipótese está prevista no inciso II, do art. 808 do CPC, o qual dispõe que cessa a eficácia da tutela cautelar se a parte não a executar no prazo de 30 dias. A intenção da lei é impedir que a intervenção jurisdicional (*constitutiva* ou *conservativa*) no direito da parte deixe de produzir regularmente os efeitos determinados, principalmente no caso das tutelas *constitutivas*, que têm aptidão de afetar os direitos e interesses da parte contrária ou de terceiros.

A terceira e última hipótese está prevista no inciso III do art. 808 do CPC, o qual dispõe que a cessa a eficácia da tutela “se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito”. Isto porque, se o processo onde ocorreria o reconhecimento ou a satisfação do direito for extinto, não haverá mais utilidade, nem necessidade da tutela cautelar.

Este dispositivo revela o caráter instrumental da tutela cautelar que, como regra, destina-se à eficácia das tutelas de cognição ou de execução, que são viabilizadas por meio do chamado “processo principal”. Trata-se, ademais, da própria aplicação do art. 807 do CPC.

Deve ser esclarecido que a cessação da eficácia da tutela cautelar, nos casos dos incisos I e II do art. 808 do CPC (descumprimento do prazo de trinta dias para ajuizamento da “ação principal” e não execução da tutela dentro do prazo de trinta dias) não implica, necessariamente, a extinção do próprio “processo cautelar”, o qual continuará sua marcha até o proferimento da respectiva sentença, onde, aliás, poderá vir a ser deferida a tutela cautelar, com observância, inclusive, da *modificabilidade* prevista no art. 807 do CPC.

Por fim, se por qualquer das hipóteses do art. 808 do CPC, cessar a eficácia da medida cautelar, a parte só poderá repetir o pedido se houver novo fundamento, ou seja, com base em causa distinta daquela que levou o magistrado a conceder a tutela cautelar, conforme a previsão expressa do parágrafo único do próprio artigo 808 do CPC.

4.16 COISA JULGADA MATERIAL

O “processo cautelar” não tem aptidão para formar coisa julgada *material*, que é fenômeno típico do “processo de conhecimento”, capaz de tonar imutáveis as sentenças de mérito ao longo do tempo.

A principal característica que contribui para esta constatação diz respeito à cognição do “processo cautelar” que é sumária, e não exauriente; é a cognição típica dos “processos de conhecimento”. Sem o aprofundamento da cognição, não há como se conceber a formação da coisa julgada material.

O fenômeno da coisa julgada material impede que a parte reproponha uma mesma ação (mesmas partes, pedido e causa de pedir), cujo pedido já tenha sido julgado.

O art. 810 do CPC, dispõe, neste sentido, que “o indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”. Isto quer dizer que o não acolhimento do pedido cautelar não impedirá que a parte ajuíze a “ação principal”, a menos que o juiz tenha reconhecido a decadência ou a prescrição do direito do autor.

Claro está que o julgamento do pedido da ação cautelar não impede o ajuizamento da “ação principal”, pois o seu julgamento não implica a formação da coisa julgada material, a menos nos casos de acolhimento de prescrição ou decadência do pedido do autor.

Deve ser esclarecido, no entanto, que a falta de coisa julgada material do processo cautelar não autoriza a parte a repropor, sucessivamente, a mesma “ação cautelar” (*mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido*), sem qualquer forma de estabilização ou de salvaguarda para a parte contrária.

O art. 808 do CPC, ao tratar das hipóteses em que cessa a eficácia da tutela cautelar, é claro ao dispor que o pedido cautelar somente pode ser repetido se houver novo fundamento. O que o dispositivo está a exigir, portanto, é uma nova causa de pedir para que a parte intente o pedido cautelar mais uma vez.²⁸⁹

²⁸⁹ “A exigência é mais que justificável porque, independentemente da profundidade da cognição a ser desenvolvida pelo magistrado, a repetição concomitante de uma mesma demanda ou, quando menos, de demandas similares é fato levado em conta pelo sistema processual civil para obstar a repetição de demandas em curso (‘litispendência’; ...) ou para indicar o juízo preventivo (...), respectivamente. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 04, p. 200)

Além disso, o sistema prevê a vedação ao *ne bis in idem*, que é um fenômeno *similar* à coisa julgada, mas que com ela não se confunde. Cassio Scarpinella Bueno lembra que “a vedação da *mesma* demanda é imperativo de segurança jurídica que, em última análise, decorre do ‘modelo constitucional do direito processual civil’”²⁹⁰.

Desse modo, mesmo não havendo cognição suficiente no processo cautelar para a formação da coisa julgada material, não há dúvidas de que o sistema processual civil impede a apresentação sucessiva de pedidos cautelares idênticos. A alternativa correta para a parte que tenha seu pedido indeferido é a apresentação do recurso cabível contra a respectiva decisão, e não a reformulação do pedido sob as vestes de uma nova ação.

Observe-se, no entanto, que a variação do fundamento da ação, ou seja, de sua causa de pedir, é suficiente para que a demanda seja diferente da anterior e, consequentemente, seja aceita pelo sistema processual. A nova causa de pedir não necessariamente precisa ser superveniente ao julgamento da ação; basta que ela não seja a mesma.

4.17 O CUMPRIMENTO DA TUTELA CAUTELAR

A forma de se cumprir a tutela cautelar não está disciplinada especificamente no Código de Processo Civil. Há diversas justificativas para tanto.

Há quem diga que isto se deve ao fato de ser, o “processo cautelar” um terceiro gênero, ao lado dos processos “de conhecimento” e “de execução” e, por isso, o “processo cautelar” estaria alheio às questões relativas à execução da decisão (*que seria objeto do “processo de execução”*) e à criação do título (*que seria matéria do objeto do “processo de conhecimento”*).

Essa justificativa, no entanto, não resiste a uma análise mais detalhada, pois, mesmo nos “processos cautelares” os atos jurisdicionais têm natureza cognitiva e/ou executiva.

Há aqueles que entendem que, por encerrar atos de cognição e execução em um mesmo processo, o “processo cautelar” se caracterizaria como um dos casos em que se presta “tutela executiva *lato sensu*”. Este entendimento também não deve prevalecer, pois não se trata de critério suficiente para as técnicas que devem ser empregadas para a efetivação (execução) da tutela cautelar.

²⁹⁰ *Curso...*, v. 04, p. 200.

Além disso, a classe das tutelas executivas *lato sensu* sequer deve ser reconhecida. O fato de se desenvolverem atos cognitivos e executivos em um mesmo processo, ainda que em fases sucessivas, não pode ser um critério apto para diferenciar os efeitos da tutela jurisdicional.²⁹¹

A falta de critérios previstos no CPC para o cumprimento da tutela cautelar “deve ser entendida como a desnecessidade de qualquer outra disciplina que não aquela já existente para o *mesmo* fim”²⁹². As técnicas a serem empregadas no cumprimento da tutela cautelar são aquelas já previstas para os processos “de execução” e “de conhecimento”.

Prova disso, por exemplo, são as técnicas destinadas ao cumprimento de uma tutela cautelar de arresto de bens, as quais são as mesmas para realização de qualquer penhora, conforme a expressa dicção do art. 821 do CPC, até porque a finalidade do arresto é ser convertido em penhora. Outro exemplo pode ser extraído das regras que disciplinam a cautelar de produção antecipada de provas, que são as mesmas destinadas à produção da prova ao longo do “processo de conhecimento”, muito embora o art. 850 do CPC refira-se apenas à perícia.

Temos, ainda, o §3º do art. 273 do CPC, que trata da efetivação da tutela antecipada, também se aplicada no cumprimento das tutelas cautelares, com maior ênfase em relação às cautelares atípicas (ou inominadas), que, de acordo com a sua própria natureza, não encontram previsão específica quanto ao seu conteúdo ou forma no CPC.

Por fim, deve ser esclarecido que, no cumprimento da tutela cautelar, incide o princípio da menor onerosidade ao devedor, que é consagrado no Livro II do CPC, que trata do “processo de execução” (art. 620 do CPC). O cumprimento da tutela cautelar deve ser realizado de forma menos onerosa em relação à parte contra a qual fora deferida, sem prejuízos para a parte beneficiária da tutela. Para o alcance desta finalidade, é fundamental a utilização da fungibilidade da tutela cautelar com relação aos critérios utilizados para o seu cumprimento.

4.18 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO REQUERENTE

O requerente da tutela cautelar, sem prejuízo de ser responsabilizado por eventual litigância de má-fé (art. 16 do CPC), será responsabilizado pelos prejuízos que a execução da tutela causar à parte contrária, conforme a previsão do art. 811 do CPC.

²⁹¹ Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno, *Curso...*, v. 04, p. 201.

²⁹² SCARPINELLA BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso...*, v. 04, p. 202.

De acordo com os incisos do referido artigo, o requerente da tutela cautelar deve responder ao requerido pelos prejuízos que lhe causar, sempre que a sentença do “processo principal” for desfavorável (inciso I); se a citação não for promovida dentro do prazo de 5 (cinco) dias (inciso II); se ocorrer a cessação da eficácia da tutela cautelar, em qualquer das hipóteses do art. 808 do CPC (inciso III); se o juiz acolher, no “processo cautelar”, a alegação de decadência ou prescrição do direito do requerente (inciso IV).

Com relação à primeira hipótese, deve-se ter em mente a relação existente entre “processo cautelar” e “processo principal”. Sempre que o resultado do “processo principal” for desfavorável ao requerente da tutela cautelar, ele responderá pelos prejuízos causados à parte contrária.

A segunda hipótese trata da situação em que o requerente da tutela cautelar deixa de promover a citação do requerido no prazo de cinco dias. A exigência legal de se promover a citação neste prazo ganha relevo, muito em função das cautelares preparatórias, porquanto é, apenas, no momento da citação que o requerido fica sabendo de que contra ele há uma decisão judicial desfavorável. Com relação às cautelares incidentes (ou incidentais), é suficiente a mera *intimação* da parte contra quem se deferiu a medida, desde que esteja participando do processo.

A terceira hipótese diz respeito à cessação da eficácia da tutela cautelar, quando ocorrerem as hipóteses previstas no art. 808, a saber: (i) se a parte não ajuizar a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias; (ii) se a tutela cautelar não foi executada dentro do prazo de 30 (trinta) dias; (iii) se o juiz declarar extinto o “processo principal” com ou sem julgamento do mérito.

A quarta e última hipótese trata das situações em que o juiz reconhecer a ocorrência de prescrição ou decadência do direito do requerente da tutela. O acolhimento da prescrição ou decadência tanto pode ocorrer nos autos do “processo cautelar”, quanto nos autos do “processo principal”. É indiferente. O que importa é que o juiz reconheça uma dessas situações, mesmo de ofício, se for o caso.

A responsabilidade do requerente, nessas situações, é *objetiva*, ou seja, o requerido não precisa provar a *culpa* do requerente em relação aos prejuízos causados pela execução da tutela cautelar²⁹³.

William Santos Ferreira observa que “a *responsabilidade objetiva* no plano processual decorre de uma *livre assunção de riscos*. O autor pleiteia tutela cautelar, obtendo-a inicialmente,

²⁹³ “A doutrina é uniforme no entendimento de que a responsabilidade prevista no dispositivo é *objetiva*, não *subjetiva*, razão pela qual o dever de o beneficiário da ‘medida cautelar’ responsabilizar-se pelos danos que causou com a medida independe de *culpa* sua.” (...). (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 04, p. 203)

mas se ao final não for o vencedor, *suportará* os riscos, não apenas nos casos de culpa, dolo ou má-fé, mas porque, especialmente com a adoção das ‘técnicas de aceleração da tutela jurisdicional de natureza provisória’, o *fator risco* é elemento integrante do tipo, motivo pelo qual a *alguém* caberá suportar eventuais danos. (...)”²⁹⁴

Contudo, é necessário que haja a demonstração da ocorrência de danos (*materiais* ou *morais*), bem como sejam eles decorrentes da execução da tutela cautelar concedida. Em outras palavras, o requerido, para pleitear a indenização, deve demonstrar a existência do dano e a existência de nexo causal entre o dano e a execução do provimento jurisdicional.

A indenização, de acordo com o parágrafo único do art. 811 do CPC, deverá ser liquidada nos próprios autos, respeitando-se os arts. 475-A e 475-H do CPC. Faz-se desnecessária a formação de um novo processo para apurar a responsabilização e a indenização em razão dos prejuízos sofridos, o que, de fato, está em harmonia com outros dispositivos do Código, tais como os arts. 601 e 739-B.

Essa técnica, aliás, é digna de elogios, porquanto aproveita toda a documentação dos atos e fatos processuais, que têm relação com a verificação da reponsabilidade do requerente, apuração dos danos e respectiva liquidação, privilegiando os princípios da economia e efetividade processuais.

4.19 TUTELA CAUTELAR E O PODER PÚBLICO

As pessoas jurídicas de direito público desfrutam de tratamento especial²⁹⁵ em relação ao regime das liminares (em ações cautelares ou em sede de tutela antecipada²⁹⁶), decorrentes das lamentáveis restrições impostas pela Lei nº. 8.437/1992.

²⁹⁴ *Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável*, Revista de Processo 188, 2010, p. 19.

²⁹⁵ Não é apenas em relação ao regime de concessão de liminares. As pessoas jurídicas de direito público desfrutam de outros privilégios, por exemplo, em relação a (i) honorários advocatícios quando vencidas, os quais são calculados por critério próprio (art. 20, §4º, do CPC); (ii) prazos, que são mais dilatados (arts. 188 e 277 do CPC); (iii) sentenças, quando proferidas contra elas, passam a ter eficácia, em muitos casos, apenas após sua confirmação, via reexame obrigatório, pelo Tribunal (art. 475 do CPC); (iv) execução de obrigação de pagar quantia certa que, hipótese de elas serem devedoras, respeita regime especial, no termos do art. 730 do CPC; (v) cobrança de créditos, quando credoras, que respeita o regime da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980); (vi) cautelar de arresto, que lhes permite obter liminamesmo sem justificação prévia; (vii) ação possessória, quando figuram como réus, não será deferida liminar de manutenção ou reintegração sem a oitiva de seus representantes legais (art. 928, parágrafo único, do CPC).

De acordo com o seu art. 1º, em todos os casos em que a liminar em mandado de segurança é vedada, providência idêntica não pode ser obtida em ação cautelar contra o Poder Público e seus agentes. Eis o literal teor do referido artigo: “Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.”

As liminares que não podem ser concedidas em mandado de segurança e que, por força da Lei 8.437/1992, não podem ser concedidas em desfavor das pessoas jurídicas de direito público, estão previstas no §2º do art. 7º da Lei do Mandado de Segurança, Lei 12.016/2009.²⁹⁷

De acordo com este dispositivo, não será concedida liminar que tenha por objeto (i) a compensação de créditos tributário; (ii) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; e (iii) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.²⁹⁸

Infelizmente, este rol não é exaustivo. Isto porque o art. 1º da Lei nº. 8.076/1990 veda liminares em mandado de segurança impetrados contra atos decorrentes do conhecido “Plano Collor”. Muito embora esta lei não tenha mais aplicação nos dias de hoje, ela ainda não foi

²⁹⁶ O termo liminar não é um conceito unívoco no direito positivo. Teori Albino Zavascki observa que, em relação às disposições normativas que estabelecem restrições à concessão de liminares, o termo liminar pode ser entendido como a decisão que, no curso do processo, antes ou após manifestação do demandado, antecipa provisoriamente efeitos da tutela requerida na petição inicial (*Antecipação da Tutela...*, p. 199)

²⁹⁷ Trata-se da atualização do conteúdo da antiga Súmula 09 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, datada de 1987, cujo conteúdo dispõe que: “Não é admissível, em ação cautelar inominada, a concessão de liminar nos casos em que, na via do Mandado de Segurança, houver vedação legal ao deferimento de liminares (v.g., Lei nº. 4.348, art. 5º, Lei nº. 5.021, art. 1º, §4º).”

²⁹⁸ Estas restrições já constavam do ordenamento jurídico. A vedação à liminar que autoriza a compensação de créditos tributários ou previdenciários já constava do enunciado da Súmula 212 do STJ, que dispõe que “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar”. Este enunciado foi posteriormente ampliado pela 1ª Seção do STJ, em 11 de maio de 2005, passando à seguinte redação “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar antecipatória”. Posteriormente, a Lei Complementar nº. 104/2001 acabou introduzindo o art. 170-A no Código Tributário Nacional, que vedou a compensação de créditos tributários *antes* do trânsito em julgado.

Esta vedação, antes da ampliação do enunciado da Súmula 212, já constava na própria Lei nº. 8.437/1992, que em seu art. 5º dispõe que “não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.”

A concessão de liminar para entrega de mercadorias ou coisas provenientes do exterior já era proibida pelo art. 1º da Lei nº. 2.770/1956. As liminares para fins de reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens eram proibidas pelo art. 5º, da Lei 4.348/1964. E a vedação a concessão de liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias já constava do art. 1º, §4º, da Lei nº. 5.021/1966.

revogada ou declarada inconstitucional. Além disso, a Medida Provisória nº. 2.197-43/2001 introduziu o art. 29-B na Lei nº. 8.036/1990 para vedar a concessão de liminar para saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS.

Além das vedações à concessão de liminar em relação a determinadas matérias, o §1º do art. 1º da Lei nº. 8.427/1992, dispõe que “não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na vida de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.” O objetivo da lei é dar, ao processo cautelar o mesmo regime jurídico restritivo que acompanha o mandado de segurança²⁹⁹. Essa limitação, no entanto, não se estende aos casos de ação popular (Lei nº. 4.717/1965) e de ação civil pública (Lei nº. 7.347/1985), nos termos do §2º do art. 1º da Lei 8.437/1992.

Além disso, o §3º do art. 1º da Lei 8.437/1992 veda o cabimento de qualquer tutela cautelar *satisfativa* contra o Poder Público. Para Teori Albino Zavascki, a Lei 8.437/1992 não buscou vedar a concessão de medidas genuinamente cautelares, mas sim de medidas evidentemente *satisfativas*, isto é, de medidas que importavam antecipação do direito material afirmado³⁰⁰. No entanto, não parece ser este o sentido em que a lei vem sendo aplicada.

Mas não é só. O art. 3º da Lei 8.437/1992 impõe uma destoante modificação do regime das sentenças proferidas no âmbito dos processos cautelares. Dispõe este artigo que o “recurso voluntário ou *ex officio*, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”, o que contraria o art. 520, IV, do CPC, que determina que o recurso de apelação interposto contra a sentença que decidir o processo cautelar possui apenas efeito devolutivo.

²⁹⁹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 04, p. 262

Trata-se de orientação que já constava da Súmula 08, de 1987, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “Não é admissível, no juízo de 1º grau, a concessão de medida cautelar inominada, ou sua liminar, quando impugnado o ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do Tribunal.”

³⁰⁰ Teori Albino Zavascki afirma que “ao estabelecer que ‘não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação’, o § 3º do art. 1º da Lei n. 8.437/92 está se referindo, embora sem apuro técnico de linguagem, às liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, àquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao *status quo ante*, em caso de sua revogação. A situação de fato consumado decorrente da irreversibilidade é que importa o esgotamento do objeto da ação.” (*Antecipação da tutela...*, p. 208).

Essa lei é flagrantemente inconstitucional, pois restringe o alcance do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, na medida em que a sua aplicação exclui da apreciação do Poder Judiciário, lesões ou ameaças a direito imputadas às pessoas jurídicas de direito público.³⁰¹

Além disso, novamente com intuito protecionista, o art. 4º da Lei 8.437/1992 disciplina o chamado “pedido de suspensão” ou, como é conhecido no âmbito do mandado de segurança, “pedido de suspensão de segurança”.

De acordo com o referido artigo, “compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento de respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde e à segurança.”

O pedido de suspensão não tem a natureza de recurso, pois nele não se pede a reforma, nem a anulação do ato judicial.³⁰²

Trata-se de pedido apresentado pela pessoa de direito público interessada ou pelo Ministério Público ao Presidente do Tribunal competente, com o objetivo de suspender os efeitos da decisão proferida contra Fazenda Pública, quando houver “manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.”

Cassio Scarpinella Bueno observa que “não é errado entender esse instituto como uma espécie de ‘pedido de efeito suspensivo avulso’, que se justificou à época de sua criação, por causa da inadmissão, pela jurisprudência e pela doutrina, do cabimento do agravo de instrumento contra a decisão *concessiva* da liminar. Até porque, mesmo que aceita a recorribilidade dessa decisão, aquele recurso era inapto para evitar eventuais danos ou transtornos para o réu do mandado de segurança. Justamente porque os efeitos da decisão recorrida, ao contrário do que hoje é expressamente admitido pelo art. 558, *caput*, do Código de Processo Civil, desde a Lei n. 9.139/1995. Também o recurso de agravo de petição cabível das sentenças proferidas em sede de mandado de segurança, era, de acordo com a maior parte da doutrina da época, despido de efeito suspensivo. Justificava-se, assim, que o legislador criasse mecanismo como o instituto em exame,

³⁰¹ Cassio Scarpinella Bueno observa que as regras da Lei 8.437/1992 são agressivas ao modelo constitucional do processo civil, pois tendem a apequenar o alcance do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além de romperem com o princípio da isonomia (*Curso...*, v. 04, p. 259.)

³⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela...*, p. 209.

para inviabilizar que os efeitos da decisão que acabara de reconhecer o direito do impetrante fossem experimentados desde logo.”³⁰³

A competência é do presidente do Tribunal de Justiça ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso quando a liminar ou a sentença tiver sido proferida em “processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado”, conforme o §1º do art. 4º da Lei 8.437/1992.

O presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, no prazo de setenta e duas horas, nos termos do §2º do art. 4º da Lei 8.437/1992. Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo *interno* (§3º da Lei 8.437/1992).

O pedido de suspensão também é cabível quando negado provimento ao agravo de instrumento interposto contra a liminar deferida em desfavor do Poder Público (§5 do art. 4º da Lei 8.437/1992).

O pedido de suspensão, por não ter a natureza de recurso, não prejudica a interposição de agravo de instrumento contra a liminar deferida³⁰⁴. O §6º do art. 4º da Lei 8.432/1992 dispõe expressamente que “a interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.”

O presidente do Tribunal também poderá conferir, liminarmente, efeito suspensivo ao pedido de suspensão, caso seja constatada a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida (§7º do art. 4º da Lei 8.437/1992).

Por fim, o §9º do art. 4º da Lei 8.437/1992 determina que a suspensão deferida pelo presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.

Trata-se de dispositivo que, no sentido integral da Lei 8.437/1992, tenta reduzir o alcance do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, pois esvazia o objetivo da tutela jurisdicional

³⁰³ *A Nova Lei do Mandado de Segurança...*, p. 129.

³⁰⁴ “Pode ocorrer que, da decisão que antecipa tutela, a entidade pública formule, concomitantemente, agravo de instrumento e pedido de suspensão. Nada impede que assim proceda, já que se trata de medidas com diferente natureza e com fundamentos também autônomos. Em tal caso, a decisão do presidente, deferindo a suspensão, terá eficácia até o julgamento do recurso, ou mesmo após ele, se não ultrapassado o juízo de admissibilidade. Contudo, cessa a eficácia da suspensão quando o agravo for julgado em seu mérito, qualquer que seja o resultado. Provido o agravo, revogada ou anulada a decisão de primeira instância, desaparece a causa determinante da suspensão. Improvido o recurso, a decisão suspensa, a rigor, deixa de subsistir, já que ‘o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida’ (CPC, art. 512)”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela...*, p. 213)

preventiva, a qual, de acordo com este dispositivo, terá seus efeitos liberados apenas após o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal, pouco importando a gravidade do *periculum in mora* que justificou a concessão da liminar deferida.

4.20 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada é uma decisão interlocutória por meio da qual o juiz concede, ao autor, o adiantamento de efeitos da sentença de mérito.

De acordo com João Batista Lopes, a tutela antecipada não se confunde com o julgamento antecipado da lide. Trata-se de medida de caráter provisório, que visa tutelar mais eficaz e prontamente o direito do autor, sempre que ele preencher os requisitos exigidos pela Lei. A cognição exercida pelo juiz, em sede de tutela antecipada, é sumária e, portanto, não se reveste da definitividade que caracteriza a coisa julgada. Caracteriza-se, esse instituto, fundamentalmente pela provisoriedade aliada à satisfatividade.³⁰⁵

Sem a pretensão de analisar detidamente o instituto das tutelas antecipadas, mas apenas a título de esclarecimento, entendemos que estas, assim como as tutelas cautelares, são espécies do gênero *tutelas de urgência*, pois “são duas faces de uma moeda só”³⁰⁶.

Não se trata de confundir a tutela cautelar com a tutela antecipada³⁰⁷. Esse receio não deveria mais gerar tanta preocupação³⁰⁸. Ambos os institutos possuem suas diferenças, muito

³⁰⁵ *Tutela Antecipada*..., p. 72.

³⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 59.

³⁰⁷ Márcio Louzada Carpena, na tentativa de distinguir os dois institutos, afirma que “resta evidente que a tutela cautelar não se confunde com tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do CPC. Nessa, busca-se o recebimento parcial ou total da tutela pretendida no pedido (bem da vida), antes de proferida a sentença de mérito (ou, segundo alguns, até mesmo nela), quando existe prova inequívoca, a ponto de convencer o julgador da verossimilhança da alegação, e: (a) houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; (b) estiver manifesto abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu. Já na tutela cautelar, não se busca o deferimento da antecipação da tutela pretendida na lide (bem da vida), mas tão somente um mandamento que assegure o resultado útil e eficaz da decisão a ser proferida nesse processo satisfativo. Ingressa-se com a ação cautelar sempre que haja fundado receio de que fatos ou atos possam prejudicar o correto desenrolar ou utilidade do feito.” (*Do Processo Cautelar Moderno*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 94)

³⁰⁸ Daniel Mitidiero afirma que não é possível confundir os dois conceitos: “a tutela cautelar não pode ser confundida com a tutela antecipada: a tutela cautelar apenas *assegura* a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, ao passo que a tutela antecipada desde logo possibilita a *imediata realização* do direito. Nessa linha, a satisfatividade converte-se em um ‘requisito negativo da tutela cautelar’. Segundo Ovídio Baptista, a tutela cautelar é a tutela *sumária* que visa a combater, mediante providência *mandamental*, o *perigo da infrutuosidade do direito* de forma *temporária* e *preventiva*. Não tem por objetivo atacar o *perigo na demora da prestação jurisdicional*, nem

embora tais diferenças nem sempre sejam claramente tão visíveis³⁰⁹. A tutela cautelar e a tutela antecipada, no que equivalem entre si, destinam-se a uma finalidade comum: evitar que o tempo funcione como um “*fator de corrosão de direitos*”³¹⁰.

Antes da reforma de 1994, que trouxe ao ordenamento o instituto da tutela antecipada, a doutrina encampava a lição de Calamandrei³¹¹, que classificou a tutela cautelar em quatro

prestar tutela a outro processo. Já a tutela antecipada tem por função combater o *perigo da tardança* do provimento jurisdicional compondo a situação litigiosa entre as partes *provisoriamente*. Lança-se Ovídio da *estrutura à função*: para caracterização da tutela cautelar, tira o foco da *provisoriamente do provimento* e coloca-o na *satisfação* ou simples *asseguração* do direito.” *Antecipação da tutela: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 38)

³⁰⁹ João Batista Lopes esclarece que “entre a *tutela cautelar* e a *tutela antecipada* existe, muitas vezes, uma zona cinzenta, que dificulta sua precisa identificação e aplicação prática. Por exemplo, não é despropositado identificar caráter cautelar na sustação de protesto que, porém, mais se ajusta ao modelo da tutela antecipada, porque permite adiantamento de efeitos práticos do provimento final. Daí porque a admissibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade.” (*Tutela Antecipada...*, p. 74)

Humberto Theodoro Júnior observa que “haverá, contudo, situações de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joeirar com precisão uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo, a qual se liga à meta da instrumentalidade e da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos a que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus direitos e interesses envolvidos em litígio. Eis a orientação merecedora de aplausos, sempre que o juiz se deparar com algum desvio procedimental no conflito entre tutela cautelar e tutela antecipatória.” (*Processo Cautelar...*, p. 419)

³¹⁰ José Roberto dos Santos Bedaque bem esclarece que “talvez o maior problema enfrentado pelo operador e pelo consumidor do processo seja a compatibilização entre esses dois valores opostos: urgência na entrega da tutela e necessidade de investigação dos fatos constitutivos do direito pleiteado. Celeridade *versus* segurança, eis o drama enfrentado pelo processualista ao tentar construir o modelo adequado do processo justo e equo.

O próprio direito material, aliás, em considerar os problemas decorrentes da demora na entrega da tutela jurisdicional, já prevê mecanismos para compensar o não adimplemento espontâneo da obrigação (correção monetária, juros de mora, multas).

Mas no plano processual encontra-se o maior obstáculo à plena efetividade do direito material, nas hipóteses em que sua atuação não se opera voluntariamente. É a longa duração dos processos, mesmo não considerando a situação patológica do sistema judiciário brasileiro.

A demora, ainda que razoável, para a efetivação prática do direito pela via jurisdicional pode gerar risco de dano irreparável ou de difícil reparação àquele que, por não admitida a autotutela, tem de buscar a atuação de seu direito pela via jurisdicional.

Esse perigo de lesão, causado pela duração do processo, não pode ser desconsiderado pelo legislador, que deve prever mecanismos para abrandá-lo.

Além da preocupação genérica com a demora, é preciso considerar que determinadas situações requerem soluções muito urgentes, quase imediatas sem o que a tutela jurisdicional seria completamente inútil, representando verdadeira injustiça, não passível nem de reparação pecuniária. É preciso levar em conta, na construção do sistema processual, o *tempo como fator de corrosão dos direitos*.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 121)

³¹¹ Trata-se da constatação de Cândido Rangel Dinamarco: “conceder antecipadamente à parte o gozo e a fruição total ou parcial do bem que ela está pleiteando no processo é conceder-lhe uma medida cautelar, ou de natureza diferente? Influenciada pela lição prestigiosíssima de Calamandrei, a doutrina brasileira não se esmerava em levantar

tipos³¹²: (i) *provimentos instrutórios antecipados*³¹³; (ii) *provimentos destinados a assegurar a execução forçada*³¹⁴; (iii) *provimentos destinados a antecipar provisoriamente a decisão de mérito*; e (iv) *provimentos destinados à prestação de caução*³¹⁵.

O terceiro grupo é o que mais interessa à presente discussão. O provimento cautelar deste grupo consiste em uma decisão antecipada e provisória do mérito, destinada a durar até que a esse regramento provisório da relação controversa se sobreponha o regramento estável obtido através do mais lento processo ordinário³¹⁶.

Alguns afirmam que o exemplo dado por Calamandrei sobre as cautelares do terceiro grupo era, na verdade, um caso de tutela antecipada³¹⁷. José Roberto dos Santos Bedaque esclarece que esse terceiro grupo refere-se a “decisões interinas, que antecipam provisoriamente a sentença de mérito, com o objetivo de evitar danos irreparáveis a uma das partes. (...) A tutela cautelar concedida mediante provimento interino de mérito constitui antecipação do provável resultado definitivo inerente ao provimento principal”³¹⁸.

Com a positivação da tutela antecipada (art. 273 do CPC), a doutrina e jurisprudência passaram a enquadrar estes provimentos satisfativos no rol desse instituto jurídico, limitando (ou tentando limitar) a tutela cautelar a medidas conservativas.

essa questão, sendo praticamente pacífica a crença na natureza cautelar dessas medidas, até quando chegou a primeira *Reforma*, com sua proposta de um novo conceito, ou de uma nova categoria jurídico-processual, que é a tutela antecipada. (*Nova Era do Processo Civil...*, p. 62.)

³¹² *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares...*, págs. 54/76.

³¹³ Trata-se de provimentos destinados à produção antecipada de provas.

³¹⁴ Trata-se de atos destinados a impedir o desvio de bens que servirão para garantir uma futura execução, tais como o arresto e o sequestro.

³¹⁵ Trata-se de provimentos destinados à prestação de caução, com o objetivo de garantir a reparação de eventual prejuízo sofrido pela parte contra quem fora concedida a tutela cautelar.

³¹⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares...*, p. 65.

³¹⁷ Eis o caso relatado por Calamandrei para ilustrar as cautelares do terceiro grupo: “o proprietário de um clube noturno de Paris tinha dado o encargo a um pintor de decorar a sala de baile com afrescos, que representassem danças de sátiros e ninfas; e o pintor, para aumentar o interesse pela decoração mural, tinha pensado em poder dar aos personagens, que nessas coreografias figuravam em vestes superlativamente primitivas, os semblantes, facilmente reconhecíveis, de letrados e artistas muito conhecidos nos clubes mundanos. Na noite da inauguração uma atriz, que fazia parte da multidão dos convidados, teve a surpresa de reconhecer-se em uma ninfa que dançava em vestes extremamente sucintas; e visto que ela considerasse que essa representação fosse ofensiva ao seu decoro, iniciou contra o proprietário do local uma ação civil, para condená-lo a apagar a figura ultrajante e a ressarcir os danos; e nesse meio tempo pediu que, nas moras do julgamento, lhe fosse estabelecido cobrir provisoriamente aquele pedaço de afresco, que reproduzia a sua imagem impudica.” (*Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares...*, p. 77)

³¹⁸ *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*p. 168.

No entanto, conforme afirmado por Humberto Theodoro Júnior, “a instituição da tutela antecipada como simples capítulo da ação de conhecimento, nos moldes do atual art. 273 do CPC, não eliminou o poder de cautela do juiz, tampouco esvaziou o processo cautelar de seu natural e importante conteúdo.”³¹⁹

Márcio Louzada Carpena afirma que “o que diferencia a tutela cautelar da tutela antecipada é, principalmente, o fato de na primeira se buscarem *medidas* para se assegurar que o processo principal (que busca o bem da vida) não tenha um resultado frustrado, inútil ou inócuo; enquanto que, na segunda, o que se quer é, justamente, o bem da vida pleiteado no processo satisfativo, só que, antecipadamente, baseado em determinada situação fática que assim autoriza. O pedido da tutela antecipada será sempre o mesmo pedido do processo principal, só que com pretensão antecipada (antes da sentença ou nela); já o pedido da lide cautelar será sempre diverso, visto que meramente acautelatório daquele. A tutela cautelar, ao contrário da antecipada, nada acrescenta ao patrimônio do requerente.”³²⁰

No entanto, a distinção entre os dois institutos nem sempre é tão clara assim, de modo que há dúvidas, em muitos casos, sobre a natureza do provimento (*conservativo – cautelar* ou *satisfativo – antecipatório*). Por exemplo, é muito comum, no dia-a-dia forense, a sustação de protesto cambial. Esta medida é de natureza conservativa ou antecipatória? A resposta não é consensual. Há justificativas plausíveis para ambos os lados. Igualmente ocorre com a cautelar de alimentos provisionais, com uma ordem de demolição ou decisões impedindo a realização de assembleias de sociedades e outras medidas.

Cândido Rangel Dinamarco observa que, antes do advento da tutela antecipada, “debatiam-se a doutrina e a jurisprudência em temas angustiosos como o da existência ou inexistência de um *direito substancial de cautela* e o da *tutela cautelar satisfativa*. É possível, indagava-se, uma tutela cautelar que em si própria satisfizesse o direito, tornando praticamente dispensável a tutela principal a que ela estaria teoricamente ligada? A chegada do novo art. 273 à ordem jurídica brasileira resolveu em parte essas dúvidas, especialmente pelo aspecto conceitual. Temos agora a consciência de que, ao lado da tutela cautelar regida pelos noventa e quatro artigos do Livro III do Código de Processo Civil, existe uma tutela antecipada, de natureza diferente daquela. Mas em que consiste essa diferença? Não se tem ainda uma resposta definitiva a essa

³¹⁹ *Processo Cautelar...*, p. 418.

³²⁰ *Do Processo Cautelar Moderno*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 94.

indagação, nem chegamos ainda perto de uma definição quanto a casos a serem encarados como cautela e casos que devem ser havidos como antecipação.”³²¹

Com o intuito de superar essa dificuldade, a reforma de 2002 do Código de Processo Civil positivou a fungibilidade entre as tutela cautelar e a tutela antecipada, ao incluir o parágrafo 7º no art. 273 do CPC³²². Essa fungibilidade, como já observado, possui mão dupla de direção, ou seja, a tutela cautelar vale pela tutela antecipada e *vice-versa*.³²³

A dificuldade, no entanto, persiste, pois nem sempre é possível definir tranquilamente o enquadramento das medidas urgentes como tutela cautelar ou antecipação de tutela.

Por tais motivos, acompanhamos a parcela da doutrina que, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, entende que “conquanto suscetíveis de uma distinção conceitual mais ou menos claras, as medidas cautelares e as antecipatórias de tutela integram uma categoria só, mais ampla, que é a das *medidas aceleratórias de tutela jurisdicional*.”³²⁴

A tutela antecipada e a tutela cautelar devem, portanto, ser merecedoras de um tratamento especial, haja vista que são espécies das tutelas de urgência.

³²¹ *Nova Era do Processo Civil...*, p. 62.

³²² Cândido Rangel Dinamarco registra que “a grande relevância metodológica desse novo dispositivo deve incentivar o intérprete a superar as omissões em que incorreu a *Reforma*, notadamente no tocante (a) à admissibilidade ou inadmissibilidade da tutela antecipada antes da instauração do processo em que a tutela definitiva será postulada, (b) à competência para essa tutela antecipada *preparatória*, ou antecedente, (c) à eficácia da medida concedida em caráter antecedente, limitada a trinta dias a partir da efetivação, (d) à inadmissibilidade de restauração da medida que perdeu a eficácia, (e) à possibilidade ou impossibilidade de concessão *ex officio* da tutela antecipada, (f) ao período em que esta pode ser concedida incidentemente pelo juiz de primeiro ou de segundo grau, (g) aos efeitos dos recursos em relação à tutela antecipada, (h) à responsabilidade do beneficiário da antecipação por danos causados ao adversário e (i) à possibilidade de condicionar a antecipação de tutela a uma garantia a ser prestada por aquele que pretende. Quanto à tutela cautelar, todos esses pontos estão mais ou menos esclarecidos no Código e o trabalho maior do intérprete consiste em determinar se, e em que medida, o que está disposto quanto a esta se aplica ao sistema da tutela antecipada.” (*Nova Era do Processo Civil*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 60)

³²³ Cândido Rangel Dinamarco observa que, em alguma medida, o parágrafo 7º do art. 273 do CPC facilita o trabalho do intérprete e, ainda mais, autoriza-o a fazer uma série de *pontes* entre os dois institutos, mas o ideal seria que a própria lei chegasse a um ponto de mais clara explicitude, de modo a afastar dúvidas e acabar de vez com a falsa ideia de que cada um deles tenha sua regência própria e distinta. (*Nova Era do Processo Civil...*, p. 59)

³²⁴ *Nova Era do Processo Civil...*, p. 100.

José Roberto dos Santos Bedaque, nesse sentido, afirma que o art. 273 do CPC, que dispõe sobre a tutela antecipada, introduzida no sistema processual com a reforma de 1994, diz respeito à modalidade de tutela de urgência, estruturada segundo a técnica cautelar e destinada a conferir eficácia ao provimento final (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 302)

5 O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há situações em que esperar o resultado final do processo significa o perecimento do direito ou a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação, a ser suportado pela parte. O procedimento ordinário nem sempre consegue atender, no grau de urgência esperado, a situação que reclama proteção imediata.

O dever-poder geral de cautela, dentre as suas funções, destina-se a evitar o perecimento de direito ou a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação para as partes ou para o próprio “processo” antes do julgamento final da lide.³²⁵

Luiz Fux observa que “o Estado, no exercício do monopólio da jurisdição, manifesta essa função através da definição de direitos e da realização dos mesmos com a utilização dos instrumentos jurídico-processuais de coerção ou de sub-rogação. Entretanto, a prestação da justiça não se engendra de imediato, tanto mais que todo processo reclama um procedimento via do qual praticam-se os atos necessários ao amadurecimento da solução judicial. Nesse interregno, tudo quanto possa interessar à perfeita solução da lide fica exposto, sujeitando-se a um estado potencial de periclitación atribuído ao tempo ou ao comportamento da parte adversa.”³²⁶

A ideia de que o processo não pode causar danos à parte é assente na doutrina estrangeira. Jorge W. Peyrano e María Carolina Eguren, comentando o tema, observam que “*en estas circunstancias, el proceso no puede volverse contra el propio justiciable ni imponerle la condena de sus tiempos ni favorecer la muerte de sus prerrogativas jurídicas... El proceso no puede ser cómplice, ni reliquia. La denominada ‘urgencia intrínseca’ confronta y mide al proceso en su versión tradicional y le denuncia sus falencias, le enrostra su insuficiencia y exhibe el vacío normativo a la hora de instrumentar soluciones ágiles y dinámicas adaptables a ‘la medida de la*

³²⁵ “En ocasiones, sin embargo, el esquema procedimental estándar, aún el más acotado, puede resultar incompatible con el corto plazo de vida del derecho, con la posibilidad real de concretar su protección. Son aquellas coyunturas donde la llamada ‘urgencia pura o intrínseca’ posiciona al justiciable en una situación de debilidad pues el daño en curso o la inminencia de la frustración de su derecho le impiden recorrer el iter en sus lapsos mínimos” (PEYRANO, Jorge W; EGUREN, María Carolina. *El acceso a la ‘Jurisdicción Oportuna’...*, p. 583)

³²⁶ *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 43.

urgencia'. En suma, revela la falta de 'medidas de urgencia' pasibles de instrumentar una verdadera justicia à medida".³²⁷

O dever-poder geral de cautela, no Brasil, está previsto no art. 798 do CPC, que assim dispõe: "Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação".

No Projeto de Lei do Senado, PLS 166/10, e no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, PL 8.046/10, que versam sobre o chamado Novo Código de Processo Civil, os artigos 270 e 298, respectivamente, trazem, em si, o conteúdo do atual dever-poder geral de cautela.³²⁸

O dever-poder geral de cautela impõe, ao juiz, o dever de determinar medidas para eliminar perigo de dano ao direito de uma das partes ou ao próprio objeto do processo em situações de urgência, mesmo que o provimento a ser concedido não esteja vinculado à tutela principal.

O deferimento da tutela via dever-poder geral de cautela não se trata de um ato discricionário do magistrado, como uma leitura superficial poderia revelar, sobretudo diante do verbo "poderá" usado no art. 798 do CPC. Este *poder*, na verdade, como vem sendo referido neste trabalho, trata-se de um autêntico "dever-poder"³²⁹.

O uso deste poder não ocorre através de critérios de conveniência e oportunidade, mas sim em razão do cumprimento da *função*³³⁰ jurisdicional. Dadas as circunstâncias previstas pelo

³²⁷ *Op. Cit.*, p. 584.

³²⁸ Cassio Scarpinella Bueno, em recente trabalho sobre os *Projetos de Novo Código de Processo Civil*, observa que "Os *capi* dos dispositivos devem ser compreendidos em harmonia com o atual art. 798 do CPC. Correspondem ao que hoje é chamado de 'dever-poder' pode ser empregado tanto para fins de *cautelar*, isto é, asseguramento do resultado útil do processo como também para fins de *satisfação* imediata de um direito. Neste sentido, é irrecusável que ambos os dispositivos querem desempenhar o papel que hoje deriva do art. 273, *caput*, e, portanto, do 'dever-poder geral de antecipação'". (*Projetos de Novo Código de Processo Civil, comparados e anotados*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 157)

³²⁹ "Dever' no sentido de que a tutela (proteção) de uma dada situação que seja apresentada ao magistrado é, para ele, impositiva. Não há espaço para entender que haja, no exercício da função jurisdicional, em plena harmonia com o 'modelo constitucional do direito processual civil', qualquer elemento de 'liberdade', facultatividade' ou de discricionariedade'. Tais atributos não existem no que diz respeito ao exercício da função jurisdicional." (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 4, p. 206)

³³⁰ Sobre o conceito de dever-poder, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que "quem exerce 'função administrativa' está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos

art. 798 do CPC (*fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, possa causar lesão grave ou de difícil reparação ao direito da outra*), o magistrado está obrigado (*vinculado*) a determinar as medidas provisórias que julgar adequadas para tutelar a situação levada a Juízo.

A acepção do poder geral de cautelar como um *dever-poder* decorre do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal que, ao afirmar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão nem ameaça a direito, confere ao magistrado o *dever* de fazer atuar o seu poder através dos meios necessários e adequados para imunizar o direito ameaçado ou lesado.³³¹

De acordo com Cassio Scarpinella Bueno, “pelo ‘dever-poder geral de cautela’ o magistrado, no exercício da jurisdição, tende a tutelar (proteger) suficiente e adequadamente qualquer situação de ameaça que lhe seja apresentada ou que seja visível ao longo do processo como forma, até mesmo, de evitar que a função jurisdicional seja exercitada de forma inútil o que, no direito processual civil brasileiro, é assegurada amplamente desde o art. 125, III, do Código de Processo Civil.”³³²

O dever-poder geral de cautela é instrumento necessário à efetividade da tutela jurisdicional, neutralizando o perigo a que o direito material pode ser exposto por ato da parte contrária e, até mesmo, por ato alheio à sua conduta. Trata-se de instrumento imprescindível, que decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Para este trabalho, o poder geral de cautela deve ser lido e entendido como um “dever-poder”, porquanto tem *status* de verdadeira *garantia constitucional essencial*, que se destina a resguardar o direito da parte, enquanto não julgada a lide definitivamente.

interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto, nos Estados Democráticos, o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

Tendo em vista esse caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.” (*Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 62)

³³¹ “No cabe duda que el Estado, en cumplimiento de una de sus funciones esenciales, tiene el deber ineludible de reglamentar los lineamientos establecidos por la Constitución, ofreciendo a los justiciables sistemas procesales idóneos para la defensa de sus derechos. Consecuentemente, la garantía del debido proceso impone al Estado la obligación de organizar y aplicar su poder jurisdiccional para que los individuos puedan hacer efectivos sus derechos recurriendo a las técnicas y procedimientos establecidos por la ley.” (SANTOS, Mabel de los. CALMON, Petrônio. *Informe General sobre Tutelas Urgentes y Cautela Judicial...*, p. 366.)

³³² *Curso...* v. 04, p. 207.

5.2 CONCEITO

O dever-poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC, está localizado no Livro III do Código de Processo Civil, que trata das tutelas cautelares. Neste livro, o dever-poder geral de cautela convive com as tutelas cautelares típicas (ou *nominadas*), as quais se destinam às hipóteses previamente descritas pelo legislador, tais como o arresto, o sequestro, a busca e apreensão e os alimentos provisionais, dentre outras.

O instituto em questão é um *dever-poder* do magistrado, decorrente da Constituição Federal, exercido através de atos cognitivos e/ou executivos, de determinar tutelas instrumentais, revogáveis e provisórias³³³, destinadas a regular situações urgentes para evitar que atos da parte contrária ou alheios à sua conduta causem danos ao direito da parte requerente.

Trata-se de um “dever-poder”, pois, à medida que o Estado veda a autotutela e garante o efetivo acesso do cidadão à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), nasce a obrigação, do próprio Estado, tutelar adequadamente (*com os meios e todos os instrumentos necessários*) toda e qualquer lesão ou ameaça a direito³³⁴.

Em resumo, dentre as suas funções, destaca-se a de evitar que atos da parte contrária, ou atos alheios à sua conduta, causem danos ao direito posto em Juízo, até que o provimento final, após o desenvolvimento de cognição plena e exauriente, regule definitivamente a questão.

5.3 FUNDAMENTOS DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA

Galeno Lacerda aponta como fontes remota do poder cautelar geral e inominado os interditos romanos, especialmente os interditos *ad hoc*, *inhibitiones* germânicas e a *injunction* preliminar inglesa.”³³⁵

³³³ De acordo com o capítulo anterior, as características da tutela cautelar são: *instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade, preventividade, autonomia, fungibilidade e referibilidade*.

³³⁴ Luiz Fux observa que “a análise da própria finalidade jurisdicional-cautelar nos indica que se trata de ‘dever’ e não ‘poder’ que se exige como decorrência do ‘direito à jurisdição’ outorgado a todo cidadão. A impossibilidade de autotutela e a necessidade de garantir-se um efetivo acesso à justiça implicam a obrigação do Estado em evitar que se frustrasse essa garantia, quer parar isso seja convocado a atuar, quer *sponte sua* observe do perigo.” (*Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 26)

³³⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil...*; p. 82.

O fundamento constitucional contemporâneo do dever-poder geral de cautela reside no art. 5º, XXXV, da CF, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”³³⁶.

Ainda que hipoteticamente fosse revogado o art. 798 do CPC, o dever-poder geral de cautela permaneceria vigente em nosso ordenamento por conta de seu fundamento constitucional. A “revogação” das cautelares nominadas prevista nos Projetos de Novo Código Civil só vem reafirmar a importância do dever-poder geral de cautela.

O alcance dessa garantia vai além de resguardar o amplo acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário. O art. 5º, XXXV, Constituição Federal, quer assegurar, sobretudo, a ampla e adequada prestação da tutela jurisdicional para evitar lesão ou a ameaça a direito.³³⁷

Não existem dúvidas a respeito de que o princípio do direito de ação e o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário garantem, ao jurisdicionado, a apreciação do Poder Judiciário sobre determinada questão, como também assegura que essa apreciação deve ser efetiva e adequada ao direito postulado.³³⁸

5.4 O CONTEÚDO DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA

A lei não prevê um rol taxativo de medidas que podem ser praticadas pelo juiz no exercício do dever-poder geral de cautela, para salvaguardar a lesão ou a ameaça a direito.

³³⁶ Galeno Lacerda já enxergava o fundamento constitucional do poder geral de cautela desde a Constituição Federal de 1967, altera pela Emenda Constitucional nº. 1 de 1969: “cumpre acentuar que o poder cautelar geral deita raízes na ressalva do §2º do art. 153 da Constituição. Quando ali se lê que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’, fica explícito que o poder judicial de impor um fazer ou um não-fazer se enquadra na ressalva, porque autorizado em lei, pelos arts. 798 e 799 ora comentados.” (*Comentários ao Código de Processo Civil...*; p. 99)

³³⁷ Sob a égide da Constituição Federal de 1969, em seus artigos 181 e 182, os atos praticados pelo comando da revolução de 31 de março de 1964 estavam excluídos da apreciação do Poder Judiciário, o que reafirmou a vigência do Ato Institucional nº. 5. Esta proibição mitigou o Direito de Ação, pois impedia os jurisdicionados de levar certas questões ao conhecimento do Poder Judiciário.

Em sentido oposto, no entanto, caminhou a Constituição de 1988, cujo texto buscou reafirmar os princípios democráticos de um Estado Democrático de Direito, assegurando-se, por consequência, o amplo acesso ao Poder Judiciário, conforme a garantia prevista no art. 5º, XXXV, da CF.

³³⁸ Nelson Nery Junior afirma que “nisto reside a essência do princípio: o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional *adequada*. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação.” (*Princípios do Processo na Constituição Federal...*, p. 172)

O art. 798 do CPC é cláusula aberta. Nos termos do próprio artigo, o juiz está autorizado a determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause, ao direito da outra, lesão grave e de difícil reparação.³³⁹

O Legislador preferiu adotar um conceito vago a um rol taxativo, que definisse aprioristicamente, os atos possíveis de serem adotados pelo magistrado. Isto se justifica pelo fato de que nem sempre é possível (ou melhor, *quase nunca*) definir todos os atos adequados às mais variadas situações da vida a reclamarem proteção jurisdicional.

Esta opção também se justifica à luz do modelo constitucional do processo civil, sobretudo diante do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, onde, para reparar a lesão ou evitar a ameaça, o juiz pode e deve se valer dos meios legais adequados e suficientes para tutelar o direito da parte.³⁴⁰

O conceito vago utilizado pelo art. 798 do CPC, no entanto, está condicionado a dois elementos previstos em seu próprio texto: *provisoriedade* e *adequação*.

A *provisoriedade* da medida é da natureza da tutela cautelar. A medida deve ser provisória, pois o ato perdurará enquanto necessário, geralmente, até o proferimento da tutela principal. Ou seja, para salvaguardar o direito lesado ou ameaçado não poderá o juiz valer-se de medidas definitivas, mas de medidas que tenham natureza provisória.³⁴¹

A *adequação* da medida deve ser entendida no sentido de que o ato a ser determinado pelo juiz seja suficiente para evitar a lesão grave e de difícil reparação. O ato não deve ser nem mais, nem menos abrangente para tutelar o direito ameaçado ou lesado, mas sim deve ser na

³³⁹ “O ‘dever-poder de cautela’, tal qual concedido pelo legislador processual civil, é *atípico*: o legislador não se ocupou com a definição apriorística de seu mister jurisdicional. A opção legislativa brasileira, muito pelo contrário, deu-se no sentido de permitir que o próprio magistrado, consoante as necessidades de cada caso concreto, *crie* as condições ótimas de *imunização* das ameaças, evitando que elas, porque irreparáveis ou de grave e difícil reparação, tornem-se lesões.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 04, p. 208)

³⁴⁰ Em reforço desse argumento vem o art. 126, do CPC, onde se impõe a obrigação de julgar, ainda que haja *lacuna* ou obscuridade da lei: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando *lacuna* ou *obscuridade da lei*. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia e aos princípios gerais de direito.”

³⁴¹ “(...) ‘a tutela cautelar’, mesmo quando concedida com base no ‘dever-poder geral de cautela’, dura até o proferimento oportuno de uma *outra* ‘tutela jurisdicional’, que, no contexto de análise lá proposto, é ‘tutela principal’. A ‘tutela cautelar’ não tem condições de se tornar definitiva, mas, bem diferentemente, apenas de atuar enquanto o Estado-juiz prepara a emissão de um outro provimento jurisdicional que *substitui* aquela ou, como prefere este *Curso*, até que aquela outra ‘tutela’, a ‘principal’, tenha, ela própria, assegurado ou satisfeito o direito da parte no plano material”. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 4, p. 209)

exata extensão, ou seja, na medida necessária, para impedir a ocorrência do dano (ou do ilícito).³⁴²

O art. 799 do CPC, indica, *exemplificativamente* (e não *taxativamente*), alguns atos que podem ser adotados para evitar a lesão ao direito da parte e/ou ao objeto do próprio processo, tais como, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

Aliás, os arts. 798 e 799 do CPC, lidos em conjunto, desempenham o papel do §5º do art. 461 do CPC, no plano da execução dos atos judiciais, ou seja, “para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias”.

O juiz não está limitado à providência requerida pela parte cujo direito está sob ameaça. Pode, o juiz, determinar providência diversa, desde que *adequada e provisória*, para eliminar o risco de dano ao direito posto em Juízo.

O princípio da adstrição do juiz ao pedido (ou o princípio da congruência ou da correspondência, como preferem alguns), deve ser mitigado, em prol de uma melhor e mais adequada prestação jurisdicional.³⁴³

Não há, pois, um rol taxativo pré-determinando para o conteúdo do dever-poder geral de cautela, que, repise-se, é *atípico*. Com efeito, os atos a serem praticados no exercício do Poder Geral de Cautela devem ser adequados (*na exata medida*) e provisórios, aptos a tutelar a situação de risco de dano ao direito posto em Juízo, mesmo que não sejam exatamente aqueles requeridos pela parte cujo direito fora ameaçado.

³⁴² “A *adequação* prevista no dispositivo deve ser compreendida no sentido da adoção de providência ótima que, na visão do magistrado, melhor tutele, isto é, melhor proteja o direito daquele que rompe a inércia da jurisdição, formule pedido ao Estado-juiz.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 4, p. 209)

³⁴³ No mais das vezes, as providências destinadas à proteção do direito ameaçado possuem natureza jurídica de atos executórios. Araken de Assis, sobre esse aspecto, observa que, ressalvada a adstrição do juiz ao pedido imediato da parte, a lei deixou vários e grandes espaços para a escolha dos meios executórios. (*Manual da Execução*. 14ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 103)

5.5 O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A discricionariedade³⁴⁴ geralmente está ligada a conceitos jurídicos vagos, no entanto, não se pode concluir que sempre que uma norma contiver um conceito vago, ela será aplicada discricionariamente.³⁴⁵

A “discricionariedade judicial”, de acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier, é usada pela doutrina sem o cuidado que deveria haver na aplicação desta expressão. Isso porque a discricionariedade, propriamente conceituada, revela certo grau de indiferença com relação ao conteúdo da lei, além da ideia de *impossibilidade de controle*.³⁴⁶

De acordo com a Constituição Federal, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo sem lei anterior (art. 5º, II, da CF). As partes, com efeito, não podem ser levadas a praticar

³⁴⁴ Diferenciando os atos vinculados dos atos discricionários, Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina que “atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos ‘discricionários’, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*.

A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal vista a realizar.” (*Curso...*, 2003, p. 393)

³⁴⁵ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, discricionariedade “é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.” (*Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48)

³⁴⁶ “A doutrina processual brasileira usa, talvez, sem o cuidado que, em nosso entender, seria desejável, a expressão ‘discricionariedade judicial’. Dizemos que a doutrina não tem, com o uso da expressão discricionariedade judicial, o cuidado que, em nosso sentir, seria necessário, pois, como vimos atrás, a genuína discricionariedade implica uma certa indiferença do sistema com relação a qual tenha sido a solução dada pelo aplicador da lei, dentro de certos limites de razoabilidade. No nosso entender, não se trata de fenômeno que ocorra com o juiz, pelo menos não com a frequência que se tem pretendido.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro*, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 367)

“É relevantíssimo observar-se que ao conceito de *discricionariedade* está intimamente conectada a ideia de *imunidade* ou *impossibilidade de controle*, pelo menos em certa escala.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro...* p. 371)

ou deixar de praticar determinado ato, se não houver lei anterior nesse sentido. A discricionariedade, pois, conflita com esta garantia.

Por esse motivo, Teresa Arruda Alvim Wambier ensina que “o Poder Judiciário *não tem discricionariedade* quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que tenha conceito vago, seja proferindo liminares, seja prolatando sentenças. Também não a tem quando se trata de verificar quais fatos ocorreram, analisando o conjunto probatório. E tampouco na atividade preliminar, reativa à formação deste quadro. Isso implicaria, de certo modo, em que essas decisões ficassem *fora do controle das partes*. Impossível conclusão diferente. Qual seria, senão este, o *sentido funcional* do conceito de *discricionariedade*? Exatamente o de gerar essa margem de *liberdade* dentro da qual o juiz estaria fora do controle dos atingidos pela decisão.”³⁴⁷, ³⁴⁸

Quando o art. 798, do CPC dispõe que “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, a sua estrutura recorre a, no mínimo, dois conceitos vagos: *fundado receio* e *lesão grave e de difícil reparação*.

Nelson Nery Junior assina que, “presentes os requisitos exigidos pela lei para a concessão de liminar cautelar ou antecipatório (em ação de conhecimento pelo rito comum, ação cautelar, mandado de segurança, ação civil pública, ação popular ou ação possessória, *e.g.*), o juiz fica obrigado a concedê-la. Não há discricionariedade como alguns enganadamente têm apregoado ou entendido, pois possibilidade livre de escolha, com dose de subjetividade, entre dois ou mais caminhos a serem seguidos, mencionado pela lei que confere o poder discricionário. A admissão de prova *leviores* (para a concessão das liminares), como diz Saraceno, ‘não constitui para o juiz um simples conselho, mas uma verdadeira e própria disposição com efeito vinculativo para o juiz, que é obrigado a acolher a demanda ainda se a prova fornecida não chegar a dar-lhe a certeza’.”³⁴⁹

³⁴⁷ *Os Agravos no CPC Brasileiro*, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 371.

³⁴⁸ A doutrina, no entanto, não é pacífica em relação ao tema e há diversos autores (dentre eles o português José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil anotado*, 1981, p. 254) que se referem à discricionariedade judicial sem precisar-lhe seus contornos específicos ou diferenciá-la da discricionariedade administrativa.

³⁴⁹ *Princípios...*, p. 238.

A utilização de conceitos vagos pelo artigo 798 do CPC não implica dizer que há discricionariedade do juiz no exercício do dever-poder geral de cautela. Os conceitos jurídicos indeterminados devem ser aplicados de forma a gerar uma solução adequada.³⁵⁰

Alcides Munhoz da Cunha observa que “é preciso ter em mente que as hipóteses residuais de cautela projetando-se como *normas em branco*, que dependem de uma integração judicial, não conferem ao juiz, sob o fundamento da *discricionariedade*, liberdade de escolha na solução (...)”³⁵¹

José Carlos Barbosa Moreira observa que os conceitos juridicamente indeterminados conferem, ao julgador, certa margem de liberdade. Isso porque, na interpretação desses conceitos, como por exemplo, “perigo iminente”, “boa-fé” e “atos contrários à moral e aos bons costumes”, sempre haverá algo de subjetivo. Isso, no entanto, não pode ser confundido com o fenômeno da *discricionariedade*³⁵². Afirma, ainda, que a discricionariedade judicial ocorre quando a lei confere, ao julgador, o poder de eleger, dentro de certos limites, a providência que adotará, como, por exemplo, escolher a pena entre duas ou mais alternativamente cominadas (“violação de domicílio, punível com detenção, de um a três meses, ou multa ... – Código Penal , art. 150, ‘caput’”). Aqui, não haveria preenchimento de conceitos indeterminados, mas exercício do poder discricionário.³⁵³

Teresa Arruda Alvim Wambier alerta para o fato de que “quando se alude à ‘margem de liberdade’ ínsita na discricionariedade e na interpretação, que exige mais do aplicador da lei do que o exercício fácil do método subsuntivo, longe se está de se querer dizer que o juiz decide ‘livremente’, pondo-se a perder todos os esforços feitos, através dos tempos, pelos pensadores

³⁵⁰ “Conceitos vagos são, por exemplo, conceitos de valor (como, v.g., honesto) e conceitos de experiência (como, v.g., imprudente). Conceitos precisos são, por exemplo, meses, numerais, graus de parentesco (mãe, tia, irmão). Não procuramos distinguir ambas as espécies de conceitos, que, pode-se dizer, se diferenciam por uma questão de grau, para dar-lhes tratamento jurídico diverso. Ao contrário, demonstramos que a linha divisória entre eles não é nítida e concluímos no sentido de que todo conceito jurídico deve ser aplicado a gerar uma só solução justa. (Veja-se, por exemplo, o conceito de *mãe*, que em princípio seria um conceito preciso. Entretanto, em face do fenômeno recente das ‘mães de aluguel’, cabe perguntar-se qual das duas seria mãe, ou se ambas o seriam)” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos...*, p. 372)

³⁵¹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*, v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 370.

³⁵² *Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente indeterminados in Temas de Direito Processual*, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 65.

³⁵³ *Id.*

jurídicos, esforços estes refletidos nas legislações, no sentido de racionalizarem-se as decisões para melhor controle.”³⁵⁴

De qualquer forma, tanto na discricionariedade, quanto na liberdade de interpretação, há uma vinculação à lei, ainda que não seja direta, e um conteúdo normativo que deve, simplesmente, ser aplicado, porquanto se trata de uma questão de cunho intencional-teleológico; não de legalidade estrita, mas de *juridicidade*.

Galeno Lacerda afirma, no entanto, que o dever-poder geral de cautela possui natureza discricionária, ao mesmo tempo em que adverte que a discricção se traduz na liberdade de escolha de soluções dentro da finalidade legal, o que não significa, porém, arbítrio subjetivo, deformador do justo e exato valor *objetivo* dos fatos submetidos à apreciação do agente público, juiz ou administrador. Não há liberdade para estes, quanto ao dever de descobrir e definir a melhor solução imposta pelos fatos, dentro do critério genérico legal.”³⁵⁵

Queremos crer que a discricionariedade referida pelo ilustre jurista esteja vinculada aos meios de que o juiz pode se valer para exercer o dever-poder geral de cautela, e não quanto ao deferimento ou não da tutela. Presentes os requisitos, o juiz tem o dever de deferir. A discricionariedade, quando muito, está nas providências cautelares, e não na concessão da cautela ou no exercício do poder geral de cautela.

José Roberto dos Santos Bedaque observa que a possibilidade de o juiz determinar as medidas provisórias que entender adequadas para afastar risco de lesão ao direito (art. 798 do CPC), não significa que o juiz pátrio seja dotado de poder discricionário em sede cautelar.³⁵⁶

³⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro*, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 376.

³⁵⁵ “O poder cautelar geral possui natureza discricionária e, em regra, jurisdicional. A afirmação pode parecer estranha àqueles que, na esteira de determinada corrente de administrativas, caracterizam como discricionária, apenas, a atividade administrativa, em oposição à jurisdicional, para eles sempre vinculada. A tese, porém, se acha superada pela melhor doutrina, segundo a qual a discricção pode e deve integrar também os critérios que informam a jurisdição, tendo-se em vista as condições peculiares da matéria jurisdicionável, como ocorre, por exemplo, no direito de família e na gradação da pena.”

“O mesmo acontece quanto ao poder cautelar geral. Exatamente porque provém de norma amplíssima, que confia à consciência, à ponderação, à prudência do juiz o critério de, segundo seu justo arbítrio, motivado pela exigência e valoração dos fatos, determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, não há como fugir à consideração de que estamos em presença, aqui, de um vastíssimo poder legal discricionário.” (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil...*; p. 75/76)

³⁵⁶ *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 233.

É possível de se fazer um paralelo com a *tutela antecipada* e, nesse sentido, invocar novamente a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, para quem o juiz não tem poder discricionário para conceder a tutela antecipada, pois não se está diante de juízos de conveniência e oportunidade. Se os pressupostos estiverem presentes, não há outra

O exercício do dever-poder geral de cautela não é ato discricionário. O magistrado está vinculado à lei. A lei deve ser aplicada em seu único sentido permitido, de forma a atender o seu caráter *intencional-teleológico*. A atividade subsuntiva do magistrado, no exercício do dever-poder geral de cautela, deve estar de acordo com a *juridicidade* do sistema.

5.6 O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA E AS CAUTELARES TÍPICAS

As cautelares são típicas (*nominadas*) ou atípicas (*inominadas*). O dever-poder geral de cautela atua no campo da atipicidade das cautelares. Assim, sempre que a tutela cautelar não estiver regulamentada especificamente, ela deverá ser exercida através do dever-poder geral de cautela.

A questão que se coloca, no entanto, é saber se o dever-poder geral de cautela pode ser exercido mesmo quando o sistema prevê disciplina específica para a tutela cautelar. Ou seja: pode, o juiz, deferir tutela cautelar típica, sem que o requerente preencha os requisitos exigidos pelo sistema, com base no dever-poder geral de cautela?

Isso é bastante recorrente no Foro: imagine a situação em que o autor pleiteia arresto de bens, simplesmente com base no dever-poder geral de cautela, sem que tenha preenchido todos os requisitos dos arts. 813 e 814 do CPC. Nessa hipótese, seria legítimo conceder a tutela cautelar?

A doutrina diverge a respeito do tema. Há, no mínimo, duas correntes: uma entende não ser possível a concessão da tutela cautelar típica com base no dever-poder geral de cautela; a outra entende ser possível a concessão de providência semelhante, ainda que não preenchidos todos os requisitos exigidos pelo legislador para a tutela cautelar específica, com base no dever-poder geral de cautela.

De acordo com a primeira corrente, a concessão das tutelas cautelares típicas só deve ocorrer quando preenchidos os requisitos legais. Isso porque, caso não preenchidos todos os requisitos, a opção legislativa do Código estaria violada, considerando que o legislador optou por tipificar as situações a serem tuteladas. Para essa corrente, por exemplo, o credor que não preenche os requisitos da “ação cautelar” de arresto (arts. 813 e 814 do CPC) não poderia invocar

alternativa ao julgado senão deferir a pretensão. Não tem o juiz mera faculdade em deferir a tutela, mas sim é seu dever fazê-lo. (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 386)

o art. 798 do CPC para obter o depósito dos bens do devedor, no lugar daquela medida cautelar nominada.

Enrico Tullio Liebman, justificando este posicionamento, afirma que “o legislador não deu à ação e ao processo cautelar uma disciplina uniforme. Fiel à tradição, preferiu regular distintamente cada provimento cautelar, as condições a que sua concessão é subordinada e os procedimentos que se devem observar para obtê-lo. Em outras palavras, *as ações cautelares são típicas* e não podem ser pedidos provimentos cautelares diferentes daqueles expressamente preestabelecidos em lei, nem em casos diferentes daqueles previstos para cada uma deles.”³⁵⁷

A segunda corrente entende que é plenamente possível (e desejável) a concessão de medidas cautelares típicas com base no dever-poder geral de cautela, como decorrência da aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, o qual assegura que a lei não excluirá, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

Em defesa dessa corrente, Cassio Scarpinella Bueno afirma que “não há como recusar acerto a este entendimento quando analisada a questão desde o ‘modelo constitucional do processo civil’. As consequências a serem extraídas pelo intérprete e pelo aplicador do direito da amplitude do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal são irrecusáveis: não há como conceber que quaisquer situações de lesão ou de ameaça fiquem carentes de tutela jurisdicional quando o próprio sistema autoriza no art. 798 (e, por identidade de razões, no art. 273 (...)), que o magistrado determine ‘as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.’”³⁵⁸

Humberto Theodoro Júnior afirma que “esse entendimento restritivo, modernamente, não deve mais prevalecer, dada a amplitude com que o direito passou a assegurar a chamada tutela de segurança ou de precaução. Nada impede, portanto, que o juiz, dentro do poder geral de cautela, defira uma providência atípica, mesmo em se tratando de situação a que normalmente corresponderia uma medida típica. O que importa é determinar qual a medida que o caso, de per si, está a exigir.”³⁵⁹

³⁵⁷ *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª ed., vol. 1, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 280.

³⁵⁸ *Curso...*, v. 04, p. 211.

³⁵⁹ *Processo Cautelar*, 18ª ed, São Paulo: Leud, 1999, p. 102.

Com a devida vênia, filiamo-nos à segunda corrente, que entende ser possível o exercício do dever-poder geral de cautela, mesmo diante de situações cautelares previamente tipificadas pelo legislador, porquanto, além do fato de que a lesão ou ameaça a direito devem receber a devida tutela jurisdicional (inc. XXXV, art. 5º, CF), o legislador, quando tipificou as cautelares, estava motivado pelos interesses prevalentes à época da promulgação do Código, e não em razão de interesses outros (científicos, econômicos, sociais etc...) que justificassem a tipificação das medidas cautelares.³⁶⁰

Proto Pisani afirma que “a tutela cautelar atípica, nos limites da irreparabilidade do prejuízo, representa um *minimum* que nenhum legislador ordinário poderá ignorar, sob pena de fazer entrar em crise os mais elementares princípios cardeais de cada sistema processual.”³⁶¹

Fazendo referência à Constituição italiana, Proto Pisani prossegue afirmando que “as exigências constitucionais tantas vezes lembradas impõem que parte integrante do sistema de tutela cautelar que agora se está examinando, seja, ao lado da predisposição de medidas cautelares típicas, a previsão de uma medida cautelar atípica direcionada a neutralizar todos os perigos de demora não previstos pelas medidas cautelares típicas, os quais podem chegar ao extremo da irreparabilidade do prejuízo.”³⁶²

Em havendo o risco de lesão ao direito da parte, antes do julgamento da “ação principal”, analisadas as circunstâncias e plausíveis os interesses que se pretende tutelar, o juiz pode (“poder-dever”) determinar medidas provisórias e adequadas, semelhantes às previstas pelas tutelas cautelares nominadas, para acautelar determinada situação.

³⁶⁰ “Não há como negar que o legislador fez, ao longo do Livro III do Código de Processo Civil, diversas escolhas para a tutela de determinados bens e de determinadas situações concretas, específicas no plano material. As opções lá feitas, contudo, guardam interesse muito mais histórico do que atual (...). Um novo Código de Processo Civil, brasileiro ou estrangeiro, que deixasse de fazer referência àquelas hipóteses, limitando-se a conter dispositivos como os arts. 798 e 273, quiçá uma junção deles, seria tanto – ou até mais – operacional quando o hoje vigente. Assim, não se trata, como quer a primeira corrente indicada, de burlar as opções feitas pelo legislador processual civil. Que isto tente a tornar menos usadas, quiçá abandonadas, as “*cautelares nominadas*” é questão diversa, verdadeira *consequência* da adoção e da vivência das premissas e conclusões aqui defendidas; não se trata, contudo, de sua *causa*.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...* v. 04, p. 211)

³⁶¹ *Lezioni di Diritto Processuale Civile...*, p. 596.

³⁶² PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile...*, p. 603.

5.7 ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO MAGISTRADO

A iniciativa do processo é da parte³⁶³, mas o processo se desenvolve por *impulso oficial* (art. 262 do CPC). Isso quer dizer que, iniciado o processo, o Estado tem interesse na justa composição da lide.

Humberto Theodoro Junior afirma que se esse interesse que o Estado detém na lide for ameaçado, o juiz pode adotar medidas cautelares para resguardá-lo, independentemente de pedido da parte.³⁶⁴

Para tutelar tal interesse, o Código de Processo Civil confere poderes ao juiz na direção do processo. Conforme a dicção do art. 125 do CPC, ao juiz compete assegurar, às partes, igualdade de tratamento (inc. I), velar pela rápida solução do litígio (inc. II), prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (inc. III) e tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes (inc. IV).

Marcelo Lima Guerra, lembrando o Simpósio de Curitiba, realizado em 1974, logo após a promulgação do CPC atual, observa que a conclusão alcançada nos debates foi no sentido de que “estando em curso o processo principal em relação ao qual surge o *periculum in mora*, o juiz pode conceder de ofício medida cautelar, o que faria com fundamento no art. 125 do CPC.”³⁶⁵

Além do art. 125, IV, do CPC, o art. 797 do CPC, também permite ao magistrado conceder de ofício tutelas cautelares. Neste sentido, Cassio Scarpinella Bueno entende que art. 797 do CPC autoriza o entendimento de que a tutela cautelar (quando presentes seus pressupostos) deve ser concedida de ofício pelo magistrado, independentemente de qualquer pedido da parte. Afirma, ainda, que é suficiente que a inércia da jurisdição seja rompida para que, no exercício da função jurisdicional, o magistrado aja em prol da obtenção de um resultado útil para a parte que apresente razão suficiente.³⁶⁶

³⁶³ Sopesando o princípio dispositivo em relação à atuação de ofício do magistrado, Luiz Fux observa que “o princípio dispositivo não pode servir de apanágio daqueles que visam a excluir por completo a atuação oficiosa do Judiciário em prol dos interesses objeto do processo. É que o princípio referido há que se submeter aos interesses mais altos que suscitam a pronta atuação jurisdicional. Na medida em que esses interesses conclamaram a atuação imediata do juiz e se transmudam de disponíveis em indisponíveis, cresce o ‘poder-dever do juiz de agir de ofício’.” (*Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 81)

³⁶⁴ *Processo Cautelar...*, p. 104.

³⁶⁵ *Estudos sobre o processo cautelar*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 29.

³⁶⁶ *Curso...*, v. 04, p. 212.

Luiz Fux observa que a atuação de ofício do magistrado, nestes casos, funciona como um fator de reequilíbrio entre as partes, isto porque não está na mesma situação o litigante que lesa o outro a ponto de tornar o seu direito um nada no plano prático.³⁶⁷

Galeno Larceda já defendia este posicionamento antes mesmo da entrada em vigor do atual CPC³⁶⁸, sustentando que a cautelar concedida de ofício teria natureza administrativa (*e não* jurisdicional), em razão de ser decorrente de um autêntico poder de polícia do juiz³⁶⁹. Afirmo o referido jurista que o art. 797 do CPC constitui, precisamente, exemplo típico da atuação oficiosa na esfera cautelar, que prescindia, pela própria natureza, de provocação alheia.³⁷⁰

É importante observar, no entanto, que a iniciativa do juiz pode retirar a imparcialidade do julgador. A atuação de ofício do magistrado não pode prejudicar a sua isenção.³⁷¹

Entendemos, pois, pela possibilidade de concessão de tutelas decorrentes do dever-poder geral de cautela de ofício, porquanto, trata-se de aplicar o modelo constitucional do processo civil, com ênfase no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Olavo de Oliveira Neto observa que “o aparecimento de um Estado que assumiu uma postura ativa, conhecido como Estado do bem-estar social, implicou o crescimento dos poderes do magistrado, chamado a desenvolver tarefas às quais até então não estava acostumado a realizar. Sugiram novos direitos e a ampliação da atividade do Estado legislador implicou a elaboração de leis repletas de normas de conceitos não determinados, em que a criatividade do juiz deveria completar aquilo que a lei não disse. Ademais, não tendo os direitos sociais natureza meramente normativa, mas também um aspecto promocional e projetado para o futuro, com a

³⁶⁷ *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 79.

³⁶⁸ “Nossa opinião contrária é conhecida. Enunciamo-la, pela primeira vez, em palestra proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros, no Rio, em janeiro de 1973, antes da vigência do Código, nestes termos: ‘Na parte geral, a primeira novidade consiste na menção à medida cautelar *de-ofício*, no art. 797, que tem esta redação: (...). Vejam o plural usado pelo legislador: ‘sem audiência das partes’. Estamos em presença aqui da menção *ex novo* da medida cautelar *de-ofício*.’ (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, Tomo I, p. 60)

³⁶⁹ Galeno Lacerda esclarece que a cautela legal de-ofício, do art. 797, constitui providência de natureza administrativa, emanada de autêntico poder de polícia do juiz, no resguardo de bens e pessoas confiados por lei à sua autoridade, e que esse vínculo entre a medida cautelar e o poder de polícia de administração pública, em sentido *lato*, do qual participa qualquer autoridade, mesmo judicial, já fora assinalado por Calamandrei e Peters. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, Tomo I, p. 62)

³⁷⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, Tomo I, p. 62.

³⁷¹ Nesse sentido, Luiz Fux observa que “é imanente ao direito processual brasileiro o princípio da inércia processual consubstanciado na máxima *ne procedat iudex ex officio*, por isso a tutela jurisdicional tem de ser requerida na forma legal, para que surja para o Estado-juiz o dever de prestá-la.” (*Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 74)

finalidade da gradual realização de seus objetivos, coube ao magistrado zelar pela efetivação das aspirações contidas no ideal do novo modelo, decidindo em consonância com os seus valores.”³⁷²

O Código de Processo Civil contém diversos exemplos de “medidas cautelares” que são concedidas de ofício, tais como, os artigos 120, *caput*, 266, 653, 793, 1.001 e 1.018. Aliás, o próprio art. 804, no âmbito do processo cautelar, que disciplina a contracautela exigida do autor, é exemplo de medida cautelar concedida de ofício.

No âmbito do direito civil, pode ser citado o art. 1.584, II, do Código Civil, que dispõe sobre a guarda unilateral ou compartilhada dos filhos, nas hipóteses de divórcio, separação ou dissolução de união estável.

Por fim, e sem a pretensão de esgotar todas as hipóteses em que ao juiz é dado deferir de ofício “medidas cautelares”, deve ser citado o art. 18, I, da Lei 11.340/2006, a conhecida “Lei Maria da Penha”, que permite ao juiz, de ofício, decidir sobre medidas protetivas de urgência.

Com efeito, quando se está diante de situações que envolvam a garantia do desenvolvimento do processo e do interesse estatal na efetiva aplicação da lei, as medidas cautelares podem e devem ser concedidas *ex officio*.

É importante salientar que, parte da doutrina, de acordo com Humberto Theodoro Junior, entende que, fora dos casos envolvendo o exercício do dever-poder geral de cautela, apenas em situações excepcionais e *desde que previstos em lei*, o magistrado está autorizado a conceder medidas cautelares *ex officio*³⁷³, nos termos do art. 797 do CPC, o qual dispõe que “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.”

³⁷² *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 199.

³⁷³ “Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes (art. 797).”

Já fizemos a distinção entre processo cautelar – ação cautelar – e medida cautelar.

Um processo cautelar – que é *contencioso* conforme a lição de Carnelutti – só pode operar pela conjugação de forças que se faz presente em toda atividade jurisdicional, isto é, pelo binômio ‘*jurisdição e ação*’ e ‘*ação e jurisdição*’, em *relação circular*.

Mas a *medida cautelar* que é apenas a providência tomada pelo juiz para preservar a eficácia ou utilidade do processo, ou seja, a medida prática que ordinariamente resulta do processo cautelar, essa medida, em circunstâncias excepcionais, pode ser tomada de ofício pelo juiz, sem pressuposto da ação e do processo cautelares.

Isso, porém, só ocorre, como ressalta expressamente o texto do art. 797, ‘em casos excepcionais’, onde se veja presente a *expressa* autorização da lei.

Realmente, encontram-se na sistemática do CPC medidas tipicamente cautelares, algumas facultadas, outras impostas obrigatoriamente ao órgão judicial.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar...*, p. 98)

Por fim, vale a ressalva de que a concessão de tutelas cautelares de ofício deve ser compreendida para casos excepcionais, com o objetivo de resguardar determinadas situações que, seja pela falta de requerimento da parte, dada a hipossuficiência técnica, seja pelo próprio risco de perecimento de determinado bem da vida, ou ainda, para resguardar o objeto do processo e atribuir efetividade à jurisdição, o juiz entenda necessária acautelar a situação.

A atuação oficiosa do juiz para concessão de “medidas cautelares” de ofício não pode comprometer o tratamento isonômico³⁷⁴ atribuído às partes, a independência³⁷⁵, a imparcialidade³⁷⁶ do Juiz, nem estimular o “ativismo judicial”³⁷⁷.

Essa atuação deve ser voltada às finalidades do dever-poder geral de cautela, que basicamente destina-se a evitar lesão ou ameaça a direito, antes da decisão final do processo principal, resguardar os escopos do processo, servir de medida de polícia judiciária e atribuir efetividade à jurisdição.

³⁷⁴ Nelson Nery Junior registra que “a CF 5º *caput* e I estabelece que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim, a norma do CPC 125 I teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.” (*Princípios do Processo na Constituição Federal*..., p. 97)

³⁷⁵ O art. 4º do Código Ética da Magistratura dispõe que “*exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais.*” Sobre a independência dos magistrados, Nelson Nery Junior observa que “independente é o juiz que julga de acordo com a livre convicção, mas fundado no direito, na lei e na prova dos autos. Julgará apreciando livremente as provas, mas sua decisão tem de ser fundamentada (CPC 131).” (*Princípios do Processo na Constituição Federal*..., p. 132)

³⁷⁶ O Código de Ética da Magistratura, em seu artigo 8º, dispõe que “*o magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.*”

³⁷⁷ Sobre o “ativismo judicial”, Maria Elizabeth de Castro Lopes observa que “de modo geral, fala-se em ativismo ou para indicar a ingerência do Judiciário em tema políticos (por exemplo, a quem pertence o mandato parlamentar?) ou para caracterizar a atividade do juiz no processo, dando ênfase à liberdade e aos poderes de atuação do magistrado (por exemplo, para permitir que o juiz determine provas de ofício).

Em oposição ao ativismo, fala-se em garantismo, no sentido de respeitar as garantias dos jurisdicionados e sua participação igualitária no processo. (...)”

A fixação do conceito de ativismos judicial precisa ser feita de maneira criteriosa, porque não deve significar a hipertrofia dos poderes do juiz, nem a liberdade para descumprir as regras processuais, sob pena de sofrermos as consequências de um processo autoritário. (...)”

Tal como Maria Elizabeth de Castro Lopes, entendemos “*que a atividade do juiz não se limita à aplicação das ‘regras do jogo’ (já que se exige dele atuação dinâmica na condução do processo) e também é exato que ele não deve se converter em investigador de fatos. Aliás, nem mesmo no processo penal o juiz deve atuar como investigador.*” (*Ativismo Judicial e o Novo Código de Processo Civil*, Revista de Processo 205, ano 37, março 2012, p. 301/306)

5.8 MOMENTOS DO EXERCÍCIO DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA

Para o exercício do dever-poder geral de cautela, não é necessário um *processo cautelar* específico. O dever-poder geral de cautela pode e deve ser exercitável dentro de qualquer processo, seja ele *de conhecimento*, seja ele *de execução*, além do próprio processo *cautelar*, a qualquer momento e grau de jurisdição.

O dever-poder geral de cautela é inerente ao exercício da função jurisdicional. Portanto, para o seu exercício, basta que exista um *processo* (não importando a classificação que lhe seja atribuída – *de conhecimento*, *de execução* ou *cautelar*).

Isso é o que ocorre, por exemplo, no exercício do dever-poder geral de cautela na fase recursal. Doutrina e jurisprudência, amplamente, aceitam a atribuição *ope judicis* de efeito suspensivo aos recursos que não o têm, com base no art. 558 e parágrafo único do CPC, bem como a retirada de efeito suspensivo de recursos³⁷⁸.

Há outros exemplos no Código que reafirmam este posicionamento. O art. 489 do CPC, que trata da ação rescisória, permite, ao magistrado, suspender a execução da decisão rescindenda. O art. 475-O, III, do CPC, que trata da caução exigida na execução provisória, e o art. 615, III, do CPC, que trata de “medidas acautelatórias urgentes” ao longo da execução, são exemplos de dever-poder geral de cautela sem que, para tanto, exista um novo *processo* ou *ação cautelar*.

A necessidade de um processo próprio ocorrerá quando o dever-poder geral de cautela for exercido de forma antecedente. Nesses casos, a forma de provocação do Estado-juiz será aquela prevista nos arts. 800 a 804 do CPC.

Quando o dever-poder geral de cautela for exercido de maneira incidental a outro processo, entendemos, juntamente com grande parte da doutrina, ser desnecessária a *procedimentalização* do pedido. Cassio Scarpinella Bueno afirma que “é suficiente que a parte, em face de quem o ‘dever-poder geral de cautela’ é requerido, tenha condições plenas de

³⁷⁸ “Exemplos seguros dessa afirmação pode ser constatados ao longo da fazer recursal. A possibilidade, bem aceita pelo sistema processual civil, doutrina e jurisprudência, de atribuição *ope judicis* de efeito suspensivo aos recursos que não tem (art. 558 e parágrafo único) – bem assim, a sua retirada quando for essa a previsão legal –, nada mais é do que o exercício do ‘dever-poder geral de cautela’ ao longo do processo.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 04, p. 215)

participação na sua *concessão* – a não ser que a hipótese reclame urgência devidamente justificada (...). Para tanto, não há necessidade, se não por amor à *forma*, de documentação própria dos atos relativos ao exercício de dever-poder geral de cautela, isto é, de sua autuação em apartado.”³⁷⁹

Com efeito, o exercício do dever-poder geral de cautela não depende de uma nova e diversa ação ou de um novo e diverso processo. O que importa, para o adequado exercício do dever-poder geral de cautela, é que ambas as partes (e inclusive terceiros intervenientes) tenham condições de ampla participação, respeitando-se os ditames do Devido Processo Legal.³⁸⁰

5.9 COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO JURISDICIONAL PARA O EXERCÍCIO DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA

A primeira exigência para o requerimento da tutela cautelar é a indicação da autoridade judiciária a quem o pedido for dirigido, conforme o art. 801, I, do CPC. Com efeito, a tutela requerida por meio do dever-poder geral de cautela deve, pois, ser dirigida à autoridade judiciária competente, de acordo com as regras gerais das cautelares.

A competência do “processo cautelar” está regulada no art. 800 do CPC. O referido artigo dispõe que “as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”.

O art. 800 do CPC regula a competência das tutelas cautelares incidentais e preparatórias. Em relação às tutelas cautelares incidentais, a competência para analisar o pedido é do juiz da causa principal, de acordo com a primeira parte do artigo referido. Não há nenhuma dificuldade para a identificação do juiz competente, dado que, nesses casos, já existe um processo em curso.

Já em relação às cautelares preparatórias, a competência para analisar o pedido é do juiz apto a julgar a ação principal (*segunda parte do art. 800 do CPC*). Neste caso, deve-se observar as regras gerais dos arts. 91 a 111 do CPC.

A competência das cautelares, incluindo os pedidos fundamentados no dever-poder geral de cautela, pode, no entanto, sofrer certa flexibilização. Isso porque, em razão da urgência

³⁷⁹ *Curso...*, v. 04, p. 216.

³⁸⁰ Nelson Nery Junior observa que o Devido Processo Legal é o princípio fundamental do processo civil, sobre o qual todos os outros princípios e regras se sustentam. (*Princípios do Processo na Constituição Federal...*, p. 77)

inerente aos pedidos cautelares, a doutrina aceita que a tutela cautelar seja concedida, até mesmo, por juízo incompetente.

José Frederico Marques ensina que “urgente se apresentando a medida, a propositura da ação cautelar no território ou foro que mais rápida e eficientemente se possa anteder à necessidade da providência requerida, não irá afetar a concessão desta, ainda mesmo que incompetente o juízo requerido, porquanto se trata de competência territorial, que é relativa. Se o juiz a decretou sem antes ouvir o réu (art. 804), o pronunciamento deste, ao depois, levantando a exceção de incompetência, em nada prejudicará a medida deferida. Além disso, concedida que foi a providência cautelar, cumpre ao autor, até 30 (trinta) dias, ingressar com a ação principal (art. 806), pelo que a suspensão do processo (art. 306) será irrelevante.”³⁸¹

Cassio Scarpinella Bueno, ressalva, no entanto, que a exceção quanto aos critérios de competência só pode ser aplicada aos casos em que a competência *não* envolva critério *absoluto* para a sua fixação³⁸². Neste sentido, leciona que “a chamada ‘competência *absoluta*’ não aceita, por definição, qualquer alteração porque o Código de Processo Civil, em estreita consonância com o ‘modelo constitucional do direito processual civil’, comina de nulidade os atos decisórios praticados por juízo despido de competência (art. 113, §2º), situação que sobrevive, até mesmo, ao trânsito em julgado da decisão, dando azo à ‘ação rescisória’ com fundamento no art. 485, II (...)”³⁸³

Diferente, no entanto, é o que se passa com os casos de competência relativa, situação em que o réu poderá questionar o acerto da escolha da competência, mediante apresentação de exceção de incompetência (arts. 307 a 311 do CPC). Quando acolhida a exceção de incompetência, por consequência, afasta-se a prevenção do juízo para o qual foi distribuído o “processo cautelar” para conhecer do “processo principal”.

Após a interposição do recurso, a competência deixa de ser do juízo de primeira instância, passando a ser do Tribunal. É o que diz expressamente o parágrafo único do art. 800: “interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”³⁸⁴.

³⁸¹ *Manual de direito processual civil*, vol. 4, p. 411.

³⁸² *Curso...*, v. 04, p. 226.

³⁸³ *Curso...*, v. 04, p. 226.

³⁸⁴ Cassio Scarpinella Bueno observa que “para a incidência do parágrafo único do art. 800, ademais, é indiferente que o recurso tenha sido admitido ou não. A regra é suficientemente clara quanto ao momento em que o órgão recursal passa a ter competência, o instante em que o recurso é *interposto*. É essa a razão pela qual não há como emprestar adesão generalizada ao entendimento agasalhado nas Súmulas 634 e 635 do STF, que só admitem a

O recurso não precisa ser admitido; basta, pois, que tenha sido interposto, para que a competência para conhecer do pedido cautelar seja descolada para o Tribunal, conforme a dicção do parágrafo único do art. 800 do CPC.

5.10 A EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES CONCESSIVAS DO EXERCÍCIO DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA

Não existe nenhuma regra própria ou específica para o cumprimento das decisões concessivas do dever-poder geral de cautela. O que ocorre, na verdade, é, no mais das vezes, a aplicação do parágrafo 3º do art. 273 do CPC, para o cumprimento dessas decisões, o qual determina a observância dos arts. 475-O (antigo art. 588, revogado pela lei 11.232/2005), 461³⁸⁵, §4º e § 5º, e 461-A, para a efetivação da *tutela antecipada*.³⁸⁶

A aplicação desse artigo para o cumprimento das decisões concessivas do dever-poder geral de cautela não pode ser recusada sob o argumento de que ele diz respeito à *tutela antecipada*, e não à *tutela cautelar*. Isso porque “a distinção entre ‘tutela antecipada’ e ‘tutela cautelar’ não pode conduzir a interpretações e a entendimentos destoantes de todo o sistema processual civil, máxime quando analisado desde o seu ‘modelo constitucional’”.³⁸⁷

Sobre a efetivação da tutela antecipada (que se aplica, por analogia, à efetivação das decisões concessivas do dever-poder geral de cautela), Luiz Guilherme Marinoni afirma que “o legislador, ao perceber a necessidade de dar maior flexibilidade e poder executivo ao juiz, não teve outra alternativa a não ser deixar de lado o princípio da tipicidade. Tal poder executivo

competência daquele Tribunal para apreciação de pedidos cautelares durante a tramitação dos recursos extraordinários quando já houve juízo positivo de admissibilidade daqueles recursos perante o Tribunal *a quo*, perante os quais eles são interpostos (...)” (*Curso...*, v. 04, p. 229.)

³⁸⁵ João Batista Lopes observa que “a tônica do art. 461 e parágrafos do CPC pode ser resumida no binômio *tutela específica-tutela efetiva*, isto é, o legislador deixou patente sua preocupação em assegurar ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento da obrigação em tempo oportuno.

Procurou-se atender à doutrina de Chiovenda no sentido de que o processo deve dar a quem tem um direito tudo que ele pode proporcionar *in natura*, evitando que a conversão em perdas e danos represente frustração de quem vai a juízo pedir a proteção jurídica”. (*Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 4ªed. rev., atual., ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 164)

³⁸⁶ É pertinente a observação de Luiz Fux no sentido de que “a utilização variada dos meios executivos é inominada, atípica e flexível, no afã de, mais uma vez, não deixar com que o comando judicial seja mera divagação, mas, antes, a palavra última e prestigiosa do órgão do Estado, que, substituindo contedores, decide com a força da imutabilidade de suas decisões e as realiza com efetividade.” (*Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 134)

³⁸⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 04, p. 217.

implica na concentração do poder de concessão da modalidade executiva adequada, motivo pelo qual é possível dizer que o princípio da tipicidade foi substituído pelo princípio da concentração dos poderes de execução.”³⁸⁸

Deve-se ressaltar que o cumprimento das decisões concessivas do dever-poder geral de cautela podem se distanciar do modelo estruturado para a efetivação das “tutelas antecipadas”, porquanto o magistrado, no exercício deste poder, deve fazer atuar o meio de execução mais adequado a resguardar a ocorrência do dano que se quis evitar.

João Batista Lopes observa, no entanto, que a execução de qualquer decisão judicial sujeita-se ao regime de legalidade estrita, não podendo o aplicador do direito substituir-se ao legislador a pretexto de garantir a efetividade do processo.³⁸⁹

Entendemos que o juiz deve-se valer de todos os meios executórios disponíveis no sistema, sem distinção, para efetivar, da melhor maneira possível, a decisão concessiva do dever-poder geral de cautela. Trata-se, pois, de atender à garantia do “direito de ação”, insculpida no art. 5º, XXXV, da CF, que não só assegura o acesso ao Poder Judiciário, como também todos os meios inerentes ao cumprimento de suas decisões.

O cumprimento das decisões concessivas do dever-poder geral de cautela pode, portanto, ocorrer por meio da aplicação do parágrafo 3º do art. 273 do CPC, ou através de atos executivos específicos e adequados, determinados pelo magistrado.³⁹⁰

Por fim, conforme exposto no capítulo anterior, o cumprimento do ato concedido via exercício do dever-poder geral de cautela deve ser realizado respeitando-se, sempre, o princípio da menor onerosidade ao devedor, que é consagrado no Livro II do Código de Processo Civil, que trata do “processo de execução”.

³⁸⁸ *Antecipação da tutela*, 10ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 242.

³⁸⁹ *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 4ª ed. rev., atual., ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 131.

³⁹⁰ Sobre a execução da tutela antecipada, Teori Albino Zavascki, observa que “dois princípios, em nosso entender, hão de ser considerados na definição do procedimento adequado ao cumprimento da referida medida [tutela antecipada]: o da finalidade e o da adequação das formas. O primeiro determina que os atos executivos sejam concretizados pelo modo que melhor atenda a razão de ser da antecipação da tutela; e o segundo, que o procedimento seja compatível com o conteúdo das providências a serem cumpridas” (*Antecipação da Tutela*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98). Esses dois princípios, devem, pois, incidir para o cumprimento das decisões concessivas do dever-poder geral de cautela.

5.11 A INSTRUMENTALIDADE DIFERENCIADA DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA

O art. 798 do CPC autoriza o juiz a determinar medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause, ao *direito* da outra, lesão grave e de difícil reparação. Pela análise do artigo, pode ser constatado que o objeto a ser tutelado não é simplesmente o *processo*, mas também o *direito* da parte que se perfaz no objeto da tutela.

O objeto da proteção prevista no art. 798 do CPC inclui o “direito da parte”. A tutela prevista neste artigo pode, pois, alcançar o direito material. Apesar de provisória, essa tutela pode esgotar o objeto da ação principal, não restando nada mais a ser tutelado, tornando-se, portanto, definitiva, tal como ocorre com uma autorização de viagem para menores ou com uma ordem de demolição, por exemplo.

Não se está dizendo que o dever-poder geral de cautela tenha aptidão de regular determinada situação de forma definitiva. Isso porque, além de ser um provimento instrumental, é um provimento de natureza provisória³⁹¹. O que aqui se sustenta é que a instrumentalidade do dever-poder geral de cautela é diferenciada das demais cautelares, porquanto, em determinadas ocasiões, pode essa instrumentalidade alcançar o direito material.

Os atos praticados no exercício do dever-poder geral de cautela podem ir além da mera proteção à eficácia do “processo principal”, pois voltam-se à tutela do direito ameaçado. Por esse motivo, a instrumentalidade do dever-poder geral de cautela está ligada ao direito material.

Conforme já exposto neste trabalho, a instrumentalidade vista nas tutelas cautelares nominadas decorre do fato de que elas, na maior parte dos casos, destinam-se a assegurar a

³⁹¹ Luiz Fux, quando escreveu sobre a *tutela de segurança* e a *tutela de evidência*, observou que no ordenamento a existência de provimentos com instrumentalidade-processual e de provimentos com instrumentalidade-material, os quais, por sua vez, não teriam natureza cautelar, dada a possibilidade de regularem determinada situação urgente de forma sumária e definitiva: “(...) Entretanto, não se pode negar que o atingimento direto e não reflexo do direito material e sua regulação é que caracterizam o provimento como instrumental-processual ou instrumental-material. Estes últimos não são cautelares e têm regime completamente diverso daqueles. Impõe-se, então, perquirir se o direito brasileiro autoriza essa ‘tutela imediata dos direitos subjetivos materiais’ segundo o procedimento sumário das cautelares. O que propugnamos é exatamente pela admissibilidade desse processo sumário como consectário do dever geral de segurança. O Estado, instado a prover diante de uma situação de perigo para o direito material da parte, deve fazê-lo sob pena de violar o princípio da inafastabilidade e da tutela adequada, podendo prover em cognição sumária e definitiva, consoante a irreversibilidade dos efeitos do provimento.” (FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...* p. 57)

eficácia das tutelas cognitiva e/ou executiva, seja conservando o objeto litigioso, seja as provas que serão utilizadas no processo dito principal.

A instrumentalidade do dever-poder geral de cautela não pode ser reduzida à instrumentalidade das demais cautelares, nem pode o dever-poder geral de cautela ser confundido com as tutelas sumárias.

É necessário, pois, revelar a instrumentalidade diferenciada do dever-poder geral de cautela, eis que se trata de provimento, concedido com base em cognição sumária, que tem aptidão para atuar no plano material.

5.12 LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA

O dever-poder geral de cautela, em regra, não comporta limitações ou restrições decorrentes de lei ou de ato infraconstitucional. No entanto, o exercício do dever-poder geral de cautela está condicionado à presença dos seus requisitos.

Não se trata de um poder absoluto e ilimitado concedido ao juiz, mas sim de um poder que, diante da presença dos requisitos para a sua utilização, deve ser exercido, de forma adequada, para proteger determinada situação de perigo. O dever-poder geral de cautela não deve ser exercido de forma discricionária, segundo critérios de oportunidade e conveniência, sem respeitar seus requisitos legais.

É certo que as situações tuteladas pelo dever-poder geral de cautela não estão previstas no ordenamento, contrariamente ao que ocorre com as cautelares típicas, haja vista que, pela própria natureza do dever-poder geral de cautela, as situações tuteladas variam de acordo com as peculiaridades dos pedidos apresentados ao magistrado.

A mera demora do processo, por exemplo, não é suficiente para a concessão do dever-poder geral de cautela. É necessário que o requerente demonstre, concretamente, a existência de risco de dano, em razão dessa demora processual.³⁹²

³⁹² José Roberto dos Santos Bedaque alerta para o fato de que “não basta, evidentemente, argumentar apenas com a demora, ainda que patológica, do processo. Necessário o risco de dano irreparável, causado por algum acontecimento concretamente identificado, sem o quê a tutela cautelar inominada se transformaria em via sumária de solução de conflitos. Somente o legislador pode dispensar esse requisito, para casos específicos (liminar possessória).

É preciso muito cuidado para não ampliar indevidamente o campo de incidência da tutela sumária. A urgência está normalmente ligada ao fato perigo. Em princípio, só se justifica medida dessa natureza se houver risco para a efetividade da tutela final. Por mais provável o direito afirmado, não há como antecipar sua eficácia sem a efetiva

Somente diante um dano (ainda que em potencial), seja ele irreparável ou não, pode o juiz exercer o dever-poder geral de cautela para neutralizar o risco ao direito da parte. Este é o sentido constitucional que deve ser atribuído a esse instituto.

Apesar do risco de dano iminente (*que é requisito para concessão de decisões via dever-poder geral de cautela*), o magistrado deve-se atentar para a possibilidade de reversão da situação existente à época da concessão da tutela, isto é, para o caso de o provimento concedido colocar a parte requerida diante de uma situação de dano irreparável ou de difícil reparação.

José Roberto dos Santos Bedaque alerta para o fato de que, na concessão das tutelas cautelares, o ideal é compatibilizar a necessidade de urgência da tutela com os mecanismos adequados do processo cognitivo ou executivo, deixando o cautelar para os casos em que sua utilização seja efetivamente necessária e adequada.³⁹³

Além dos mecanismos adequados para tutelar determinada situação de perigo, deve-se evitar a vulgarização do processo cautelar, mesmo através do dever-poder geral de cautela que, muitas vezes, acaba sendo utilizado como via de solução definitiva de conflitos.

Sobre o tema, Luiz Fux observa que “a tutela cautelar prevista em nosso Código, mercê de sua rapidez procedimental, veio concebida para atender a interesses nitidamente processuais de resguardo da eficácia prática do processo de conhecimento e de execução. A sua *ratio* maior não foi, segundo a doutrina dominante, estabelecer a ‘sumarização dos juízos’ a permitir a tutela imediata de interesses materiais protegidos, senão de manter condições favoráveis à prestação jurisdicional de conhecimento e de execução. Essa a razão pela qual, hoje, aduz-se ao fenômeno da ‘vulgarização do processo’ cautelar, denunciando-se a sua utilização promíscua no afã de suprir o retardamento causado pela ‘ordinarização do procedimento’”.³⁹⁴

Tutelas de natureza cautelar não são aptas a resolver o litígio, no lugar do “processo principal”, pois, são tutelas provisórias, acessórias e instrumentais, ainda que satisfativas. Não se pode, pois, pretender a resolução definitiva através da utilização exclusiva do dever-poder geral de cautela.

demonstração do perigo concreto à utilidade do provimento definitivo.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 231)

³⁹³ *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 241.

³⁹⁴ *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 53.

Além disso, há limitações ao uso do dever-poder geral de cautela que atingem as próprias partes do processo. Quando uma das partes do processo é o próprio Estado, por exemplo, o dever-poder geral de cautela acaba sofrendo restrições tremendas e desnecessárias.

Parte da doutrina, à qual nos filiamos, entende que tais normas “são agressivas ao alcance do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal e devem ser consideradas como não escritas. Cabe a todo magistrado, no exercício do controle *incidental* de inconstitucionalidade (...), afastar motivadamente a sua incidência, concedendo, quando presentes os respectivos pressupostos, a providência requerida pela parte, a despeito de sua vedação *legal*.”³⁹⁵

5.13 O DANO MARGINAL

O dever-poder geral de cautela deve ser exercido, também, como instrumento mitigador do dano marginal, que é aquele decorrente da duração do processo, considerando o hiato existente entre o momento da propositura da demanda e o seu julgamento final - fato que não pode prejudicar a parte que está prestes a sofrer um dano.

Sobre o tema, Maurício Giannico lembra que “a demora exagerada na solução dos conflitos postos à apreciação do Poder Judiciário é fonte de enorme angústia aos jurisdicionados, sendo ainda, no mais das vezes, a grande responsável pelo inevitável desgaste dos próprios direitos alegados em juízo”³⁹⁶, além dos nocivos prejuízos (já conhecidos) para o desenvolvimento do país.

José Roberto dos Santos Bedaque observa que a construção de instrumentos adequados à realização dos direitos se não resolve a “notória crise da Justiça”³⁹⁷, ameniza os problemas enfrentados pelos operadores do processo em geral. Como alternativas para reduzir o tempo dos processos, o referido jurista cita a criação de procedimentos mais simplificados, regras formais

³⁹⁵ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 04, p. 218.

³⁹⁶ *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro...*, p. 12.

³⁹⁷ “A notória crise da Justiça não se deve exclusivamente a fatores de natureza processual ou procedimental. Existem outras circunstâncias que colaboram sobremaneira para esse estado de coisas, como a insuficiência de juízes e funcionários do Poder Judiciário, a má distribuição da competência, a falta de estrutura adequada dos órgãos jurisdicionais. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 288)

menos rigorosas, maior eficiência do princípio da instrumentalidade das formas e maior flexibilidade procedimental.³⁹⁸

As últimas profundas reformas processuais preocuparam-se em desenvolver técnicas para acelerar o processo e, conseqüentemente, a entrega da prestação jurisdicional. Prova disso são as reformas dos anos de 1994, retomadas no final de 2001, 2005 e 2006, que desenvolveram técnicas de aceleração processual.

Proto Pisani observa que “a necessidade de servir-se do processo por conta da vedação a autotutela pode, por si, diante da duração o tempo do processo, ser causa ou concausa de dano, para a parte que tenha razão. Daí a exigência de que o ordenamento intervenha com o escopo de neutralizar o prejuízo (irreparável ou grave) derivado à parte da duração do processo: trata-se de intervenção necessária à garantia da efetividade do direito de ação e da tutela jurisdicional, para evitar que a duração do processo traga danos à parte que tem razão.”³⁹⁹

Sabe-se que não há instantaneidade⁴⁰⁰ entre a violação do direito e a respectiva tutela jurisdicional. A proteção estatal, nem sempre, será hábil a evitar os prejuízos e/ou o ilícito, senão para repará-lo através de perdas e danos.⁴⁰¹

A parte acaba suportando danos muitas vezes irreparáveis ou de difícil reparação até a decisão final do processo, fato que foi batizado por Enrico Finzi de “dano marginal”⁴⁰².

Em nossa doutrina, não são poucos os autores que advertem para o fato de que, como bem pontuado por José Roberto dos Santos Bedaque, “o tempo necessário para o desenvolvimento do

³⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência* (tentativa de sistematização), 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 288.

³⁹⁹ *Op. Cit.*, p. 593.

⁴⁰⁰ “O provimento jurisdicional definitivo não pode ser entregue instantaneamente. A composição do conflito de interesses, por meio do processo, só é atingida mediante a sequência de vários atos essenciais que permitem a plena defesa dos interesses das partes e propiciam ao órgão julgador a formação do convencimento acerca da melhor solução da controvérsia”. (GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro...*, p. 12)

⁴⁰¹ “Os primeiros obstáculos derivam da circunstância de fato de que não há instantaneidade entre o momento do surgimento do direito (aquele da sua violação) e o recurso à tutela jurisdicional.

Normalmente o recurso à tutela jurisdicional só é utilizado depois da violação perpetrada, o que significa dizer que o processo só impede a *continuidade* da violação, mas não pode eliminar o fato de que a violação já tenha ocorrido – logo, o processo não dá ao titular do direito a mesma utilidade que ele teria se o réu tivesse cumprido com sua obrigação, mas apenas uma utilidade equivalente: o ressarcimento do dano.” (PISANI, Andrea Proto. *Op. Cit.*, p. 592)

⁴⁰² Calamandrei observa que “o *periculum in mora*, que é a base das medidas cautelares, não é, portanto, o genérico perigo de dano jurídico, ao qual se pode em certos casos remediar com a tutela ordinária; mas é especificamente o perigo daquele ulterior *dano marginal*, que poderia derivar do atraso, tido como inevitável em razão da lentidão do procedimento ordinário, do provimento definitivo. (...)” (*Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares...*, p. 37)

processo, por si mesmo, é fator de dano para quem necessita da tutela jurisdicional e somente consegue obtê-la após exauriente cognição dos fatos alegados, com todas as implicações que essa atividade acarreta no andamento do processo.”⁴⁰³

A doutrina italiana, novamente nas palavras de Proto Pisani, afirma que “a função da tutela cautelar consiste em neutralizar os danos da duração do processo de cognição plena que podem derivar à parte que tem razão (eventos derivados da mera duração do processo ou de fatos que podem se verificar durante a pendência do processo de conhecimento), quando tais danos não sejam já neutralizados ou por institutos de direito material direcionados a reforçar a atuação do direito independentemente da duração do processo de conhecimento (...), ou por específicos ditos efeitos substanciais da demanda judicial (...), ou pela existência de títulos executivos de formação extrajudicial, ou que não sejam neutralizáveis por meio da utilização de processos sumários não cautelares.”⁴⁰⁴

O dever-poder geral de cautela, desde que presentes seus requisitos, tem aptidão de neutralizar ou reduzir o dano marginal decorrente da duração do processo. Não se trata de alterar o conceito e a destinação do instituto, mas sim de analisá-lo pelo ângulo voltado à efetividade do processo.⁴⁰⁵

5.14. A COGNIÇÃO DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA

A cognição realizada pelo magistrado no exercício do dever-poder geral de cautela é sumária, assim como ocorre com as tutelas cautelares típicas, ou seja, diferentemente da cognição exauriente exigida para uma tutela definitiva.⁴⁰⁶

⁴⁰³ *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 127.

⁴⁰⁴ *Lezioni di Diritto Processuale Civile...*, p. 595.

⁴⁰⁵ Barbosa Moreira, sobre efetividade do processo, aponta nos dois primeiros tópicos relacionados à questão o fato de que a) “o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema” e b) “esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos”. (*Notas sobre o Problema da “Efetividade” do Processo*, in *Temas de Direito Processual Civil, terceira série*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27)

⁴⁰⁶ Alcides Munhoz da Cunha observa que “considerou o ordenamento brasileiro o princípio da segurança jurídica no seu grau máximo. Partiu da perspectiva de que é mediante a ordinarização da tutela dos direitos subjetivos que obterá essa maior segurança jurídica. E a ordinarização, como se sabe, caracteriza-se pela investigação de todas as questões de fato e jurídicas naturalmente possíveis de integrar a causa de pedir de uma pretensão primária em amplo

Se para o exercício do dever-poder geral de cautela fosse exigida uma cognição exauriente, o tempo necessário para desempenhá-la esvaziaria o sentido de urgência presente nesse tipo de tutela.

Vale a observação de Calamandrei no sentido de que “em um ordenamento processual puramente ideal, no qual o procedimento definitivo pudesse sempre ser instantâneo, de modo que, no mesmo momento no qual o que tem direito apresentasse o pedido, logo pudesse ser-lhe feita justiça de modo pleno e adequado ao caso, não existiria mais lugar para os provimentos cautelares”.⁴⁰⁷

Nesse sentido, Alfredo de Araújo Lopes da Costa, também, adverte que o ideal de justiça seria o da decisão da causa logo na primeira audiência, com a propositura da ação. Isso, porém, não é possível. Opõem-se o tempo necessário a ouvir-se o réu, a coleta das provas, os debates, os recursos. Enquanto isso, porém, a situação em que se achava o réu ou a coisa, objeto do pedido, pode alterar-se. O réu pode dispor do que possua e tornar-se insolvente. A coisa pode ser desviada, deteriorada, destruída. É preciso, assim, garantir o autor contra este risco.⁴⁰⁸

Trata-se, pois, da necessidade de neutralizar os males do tempo, razão pela qual o juiz deve-se contentar com uma cognição em menor profundidade para exercer o dever-poder geral de cautela.

contraditório (cognição plena e exauriente), de modo a possibilitar as eficácias da declaração de certeza e da coisa julgada material. Só a partir daí é o que o sistema propende a admitir execução para a realização dos direitos subjetivos, na consideração, em tese, de que assim estaria também satisfazendo de modo ideal e concomitante o princípio da efetividade da jurisdição, donde a máxima: *nulla executio sine titulo*.

As situações especiais de cognição sumária exigem entretanto um cuidado particular para a sua disciplina jurídica como tutela diferenciada ou excepcional ao padrão da ordinarização, exigindo de modo concomitante uma disciplina quanto ao modo de integração e os modos de estabilização do provimento que propende à definitividade da segurança jurídica. Ao contrário esses princípios devem ser harmonizados.” (*Comentários ao código de processo civil...*, p. 366)

“Na verdade, considerando as peculiaridades dos direitos que se atuam pelas vias sumárias de cognição ou pela via cautelar, pode-se dizer que prevalece o *equilíbrio* entre segurança e efetividade, na medida em que existe um *sistema de pesos e contrapesos* compensando reciprocamente perdas e ganhos em termos de segurança e efetividade. Basta verificar o dado de que os condicionamentos à discricção judicial ou à executoriedade dos efeitos dos provimentos para promover a sumarização ou a antecipação de direitos subjetivos primários redundam nos provimentos que ganham presunção de certeza jurídica e tendem à estabilidade, sem variabilidade. Em contrapartida, a decisão cautelar, pressupondo juízos discricionários na avaliação dos fatos caracterizadores do *periculum*, produz sempre provimentos de efeitos imediatos, embora instáveis, sujeitos à variabilidade. Ademais, em todos os casos, sempre existe a possibilidade de, em cognição exauriente, buscar-se ulteriormente a comprovação da certeza de um direito antes considerado na perspectiva de direito presumido ou apenas de direito aparente (*fumus*).” (*Comentários ao código de processo civil...*, p. 369)

⁴⁰⁷ *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares...*, p. 40.

⁴⁰⁸ *Medidas Preventivas*, 3ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1966, p. 24.

5.15 DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA – TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

Um dos grandes problemas que assola o processo é o tempo levado para a entrega da prestação jurisdicional. A celeridade na resolução dos conflitos, ainda que seja de forma provisória, muitas vezes, é um valor absoluto, sem o qual haveria o perecimento do direito levado a juízo. Nesse contexto, surgem as tutelas jurisdicionais diferenciadas, aptas a tutelar o direito na exata extensão dos riscos a que exposto.

Donaldo Armelin bem observa que a temática de uma tutela jurisdicional diferenciada posta em evidência notadamente e, também, em virtude da atualidade do questionamento a respeito da efetividade do processo, prende-se talvez mais remotamente à própria questão da indispensável adaptabilidade da prestação jurisdicional e dos instrumentos que a propiciam à finalidade dessa mesma tutela. Realmente, presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há porque se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis à sua corporificação. A vinculação do tipo da prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tônus de efetividade.⁴⁰⁹

Luiz Guilherme Marinoni adverte para o fato de que “a insensibilidade ínsita à neutralidade do procedimento ordinário não só acarretou a ausência de cautela adequada aos ‘novos direitos’, como o abandono de certa forma conduziu a uma verdadeira falta de inspiração para a criação de procedimentos aptos à adequada tutela jurisdicional.”⁴¹⁰

Parte da doutrina entende que as tutelas cautelares não estariam dentre as tutelas diferenciadas, porquanto não possuem aptidão para resolver definitivamente o conflito levado a juízo. As tutelas diferenciadas nada têm a ver com as tutelas cautelares, destinadas a assegurar a eficácia da solução definitiva, mediante medidas urgentes e provisórias, ainda que antecipatórias de efeitos, mas nunca aptas a afastar completamente a crise no plano do direito material.⁴¹¹

O que se tem por trás das cautelares são, alternativamente, situações em que a tutela jurisdicional deve ser prestada com vistas à obtenção do resultado útil de um *outro* processo e,

⁴⁰⁹ *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. Revista de Processo nº. 65, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 45

⁴¹⁰ *Antecipação da Tutela*, 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 23.

⁴¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*..., p. 267.

também, situações em que a lei autoriza o magistrado a decidir de maneira breve, agindo diretamente no próprio plano do direito material.⁴¹²

Por esse ângulo, considerando que no Livro III do Código de Processo Civil, há provimentos que visam a resguardar o resultado útil do processo principal e, também, há outros provimentos que atuam no direito material, ainda que de forma sumária, não seria possível classificar o dever-poder geral de cautela como uma espécie das tutelas jurisdicional diferenciadas?

De acordo com Ricardo de Barros Leonel, a tutela jurisdicional diferenciada deve ser compreendida como “a proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-juiz, resultante da utilização de procedimentos especiais previstos no ordenamento processual, em que a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional decorram da limitação da cognição.”⁴¹³

A cognição, nas tutelas diferenciadas, exerce um importante papel, seja para evitar supressão de garantias constitucionais (ampla defesa e contraditório), seja para viabilizar a concessão (ou não) das medidas pleiteadas. Neste contexto, enquadram-se as tutelas sumárias não cautelares.⁴¹⁴

Tutela jurisdicional diferenciada não significa uma tutela obtida por meio de procedimentos especiais de cognição plena e exauriente⁴¹⁵, mas sim, exclusivamente, a tutela

⁴¹² SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 04, p. 26.

⁴¹³ *Tutela Jurisdicional Diferenciada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

Ricardo de Barros Leonel, em seu trabalho sobre as tutelas jurisdicionais diferenciadas, afirma que “estão situados no contexto da tutela jurisdicional diferenciada todos os provimentos jurisdicionais emitidos mediante cognição restrita (incompleta) inerente a procedimentos especial, tenham (a) natureza cautelar (cautelar propriamente dita ou antecipatórios) ou (b) final.” Nesse sentido, referido autor se refere aos provimentos sumários urgentes, sejam eles cautelares ou antecipatórios e aos provimentos sumários não cautelares (“procedimentos especiais em que a cognição seja reduzida”). (*Tutela Jurisdicional Diferenciada...*, p. 26.)

⁴¹⁴ José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “outro motivo para a adoção da tutela diferenciada seria a simplicidade da controvérsia, que tornaria desnecessária a utilização de procedimentos longos e complexos, repletos de regras formais destinadas a possibilidade amplo contraditório e cognição exauriente. A origem desta solução estaria nos *interdicta* romanos, que deram origem aos procedimentos abreviados (sumários formais), ao juízo especiais simplificados e ao modelo monitório. (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 267)

⁴¹⁵ José Roberto dos Santos Bedaque alerta que “para alguns, aliás, somente se pode falar em tutela jurisdicional diferenciada nas hipóteses em que o legislador estabeleça em concreto proteção especial para determinada situação de direito substancial. Não basta a previsão em abstrato de técnica destinada a evitar o custo e a duração do processo de cognição plena ou o abuso do direito de defesa.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 186)

obtida através de procedimento de cognição *sumária cautelar*⁴¹⁶ e da tutela obtida em procedimento de cognição *sumária não cautelar*.⁴¹⁷

Flávio Luiz Yarshell alerta para o fato de que da doutrina, em sede de tutela jurisdicional diferenciada, entende que os meios predispostos à consecução dos resultados materiais também devem ser diferenciados.⁴¹⁸

No conceito de tutela jurisdicional diferenciada estão embutidos os seguintes elementos: (i) proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-juiz; (ii) um procedimento que deve ser adequado à situação que se pretenda proteger (o que sugere a existência de um procedimento próprio, ainda que flexível e adaptável); (iii) provimento célere e efetivo, pois, a situação acautelanda muitas vezes assim o exige; e (iv) provimento decorrente de uma cognição limitada (no plano horizontal) e superficial (no plano vertical).⁴¹⁹

Alcides Munhoz da Cunha observa “que existe um fundamento de índole *supraconstitucional* inerente aos Estados verdadeiramente democráticos, que exige tutelas diferenciadas para situações diferenciadas de conflito, para que se assegure a efetividade da jurisdição como uma constante, sem comprometer a segurança jurídica, para não transformar a tutela jurisdicional em uma tutela arbitrária, o que importaria em negar a própria essência da jurisdição, como atividade destinada a atuar direitos em casos concretos.”⁴²⁰

Nessa linha de raciocínio, a conclusão não quer parecer outra, senão a de que o dever-poder geral de cautela pode sim ser compreendido como uma tutela jurisdicional diferenciada.

⁴¹⁶ De acordo com Kazuo Watanabe, a cognição pode ser classificada no plano horizontal e vertical. No plano horizontal, a cognição pode ser limitada ou plena; já no plano vertical, a cognição pode ser *sumária* (superficial) ou exauriente. (*Cognição no Processo Civil*, p. 118)

⁴¹⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 20.

⁴¹⁸ *Tutela Jurisdicional...*, p. 27.

⁴¹⁹ Os elementos incluídos nesse conceito, de acordo com Ricardo de Barros Leonel, são: (a) *proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-juiz*, ou seja, a premissa conceitual decorrente da noção de tutela jurisdicional; (b) a utilização de *procedimentos especiais*, que, embora por si só não seja elemento suficiente à conceituação da tutela diferenciada, participa da construção de sua definição junto a outros elementos; (c) *celeridade e efetividade*, que são os escopos da tutela diferenciada, e acabam por integrar a construção do seu conceito; (d) *limitação da cognição*, dado que particulariza esta espécie de tutela jurisdicional, e exclui de seu âmbito a generalização indevida para todo e qualquer procedimento especial. (*Tutela Jurisdicional Diferenciada...*, p. 25).

⁴²⁰ *Comentários ao código de processo civil...*, p. 366.

5.16 MEDIDAS SATISFATIVAS OU ANTECIPATÓRIAS DECORRENTES DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA

Muitas vezes, a efetiva proteção do direito não se realiza, apenas, com medidas conservativas, pois necessário se faz a adoção de medidas inovativas ou satisfativas.⁴²¹

O dever-poder geral de cautela, dependendo da situação a ser tutelada, tem aptidão para ser exercido até mesmo através de medidas satisfativas, para evitar danos ao direito da parte, cuja proteção reclama urgência. Trata-se de disposições previstas pela maioria dos países europeus continentais, tais como Alemanha, Suíça, França, Bélgica, Áustria, Grécia, Itália e Espanha.⁴²²

A instrumentalidade do dever-poder geral de cautela é diferenciada das cautelares típicas⁴²³, pois é dotada de materialidade, porquanto visa a evitar dano ao direito da parte, o que pode ser extraído do próprio art. 798 do CPC, que dispõe que o objeto a ser protegido é o *direito da parte*.

José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “dúvida não pode haver de que o legislador processual brasileiro, ao conferir ao juiz o poder geral de cautela, não estabeleceu qualquer limitação quanto ao seu caráter meramente conservativo ou antecipatório”.⁴²⁴ Observa, ainda, que “as providências cautelares têm por objetivo conferir eficácia à tutela definitiva, de conhecimento ou de execução. Para tanto, é possível até mesmo que ocorra antecipação da própria prestação final, ou de algum de seus efeitos. Mas isso se dá de maneira provisória, apenas para assegurar o resultado do processo principal.”⁴²⁵

Se for preciso adotar providências satisfativas para atender a pretensão jurídica da parte e evitar a violação a direito, desde que preenchidos os requisitos legais e atendidos os critérios de adequação e suficiência, o dever-poder geral de cautela, ainda que assuma caráter satisfativo,

⁴²¹ De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, trata-se da noção contida no § 940 da ZPO, que se refere à função de manter a paz jurídica até o final do processo. (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 222)

⁴²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 127

⁴²³ Luiz Fux, quando escreveu sobre a *tutela de segurança* e a *tutela de evidência*, observou que no ordenamento a existência de provimentos com instrumentalidade-processual e de provimentos com instrumentalidade-material, os quais, por sua vez, não teriam natureza cautelar, dada a possibilidade de regularem determinada situação urgente de forma sumária e definitiva. (*Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...* p. 57)

No caso do dever-poder geral de cautela, a instrumentalidade não pode ser classificada como meramente instrumental, porquanto, o objeto a ser tutelado é o direito da parte; e não o processo.

⁴²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 223.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 195.

deve ser exercido⁴²⁶. A satisfação ocorre para tutelar uma situação envolvendo interesses plausíveis, relevantes e que não podem esperar o provimento final.

Vale, aqui, a aplicação da lição de Calamandrei, o qual ensina que “entre o fazer depressa mas mal, e o fazer bem feito mas devagar, os procedimentos cautelares objetivam antes de tudo a celeridade, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido sucessivamente com a necessária ponderação nas repousadas formas de processo ordinário.”⁴²⁷

A prática de atos satisfativos, via dever-poder geral de cautela, é uma realidade⁴²⁸. Se o interesse da parte for plausível e urgente, não podendo esperar uma decisão final proferida com base em cognição exauriente, a tutela deve ser concedida.

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal garante à parte o direito à adequada e tempestiva tutela jurisdicional. A instrumentalidade diferenciada decorre do fato de que as tutelas concedidas via dever-poder geral de cautela não destinam-se, necessariamente, apenas a resguardar o processo principal, pois podem atuar diretamente sobre o direito da parte, ou seja, têm aptidão de gerar efeitos no plano material.

Por esse motivo, é plenamente legítimo enxergar, no dever-poder geral de cautela, um verdadeiro dever-poder geral de *antecipação*. Cândido Rangel Dinamarco observa que não “seria absurdo pensar no próprio poder geral de cautela, instituído pelo art. 798 do Código de Processo Civil, como verdadeiro poder geral de antecipar, porque a grande maioria das medidas

⁴²⁶ José Roberto dos Santos Bedaque observa que “o direito de ação somente representará garantia real para quem dele se valer na medida em que, mediante seu exercício, a pessoa tiver acesso a um processo justo, ou seja, a um processo que possibilite àquele que tem direito a obtenção da tutela jurisdicional adequada.

Nessa linha, a tutela cautelar é mera decorrência do direito de ação, entendido este como meio utilizado para instauração do devido processo constitucional, ou seja, do processo *equo* e *giusto*. Este está relacionado com efetividade e dispõe de mecanismos para assegurar resultados.

A medida cautelar insere-se entre tais mecanismos. O conceito analítico do direito de ação justifica seja a medida postulada no curso do processo, independentemente da instauração de nova relação processual. Se já existe processo em curso, uma das faculdades inerentes à ação já exercida é a de postular medidas destinadas a assegurar a eficiência do resultado final. Em princípio, só haveria necessidade de processo cautelar autônomo para a obtenção da providência antes da propositura da demanda, cognitiva ou executiva, visando ao bem da vida, à tutela jurisdicional satisfativa.

A tutela cautelar pode implicar, pois, a antecipação de efeitos ligados ao provimento final. A segurança quanto ao resultado pode ser garantida não apenas por medidas conservativas, mas também antecipatórias.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 129)

⁴²⁷ *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares...*, p. 39.

⁴²⁸ É importante a ressalva de José Frederico Marques: “As antecipações cautelares não podem criar riscos novos e graves para o litigante que lhes sofre os efeitos, pois se isto fosse permitido, se acabaria substituindo o *periculum in mora* por outro *periculum in mora*.” (*Manual de Direito Processual Civil...*, p. 437)

concedidas com base nesse dispositivo tem natureza antecipatória, e não cautelar. A sustação de protesto é um bom exemplo e assim também, as medidas liminares de ingerência em sociedades anônimas, a autorização para viagem de um menor, uma ordem de demolição *etc.* Se nos convenceremos disso, chegaremos à conclusão de que a regra geral contida no art. 273 não seria sequer necessária, tendo como mérito principal a indicação da necessidade de distinguir entre cautelares e antecipações de tutela.”⁴²⁹

Márcio Louzada Carpena registra que “no Brasil, à tutela cautelar e antecipatória se aplicam os mesmo princípios, tendo aplicação de forma subsidiária as normas de uma a outra, sem que isso interfira nas suas naturezas ou nos seus requisitos autorizadores próprios. Admitese, como consequência, entre outras, a dedução da tão indispensável, em determinados casos, tutela antecipatória antecedente, a teor do Livro III, com aplicação das disposição dos arts. 806 e 808 do CPC.”⁴³⁰

Não há dúvidas de que a satisfatividade, em potencial, do dever-poder geral de cautela decorre do próprio direito de ação (art. 5º, XXXV, CF) e, por consequência, do dever-poder geral de *antecipação*.⁴³¹

O fato de o dever-poder geral de cautela ter aptidão para ser exercido de forma satisfativa não desnatura o seu caráter instrumental e provisório⁴³² ou, tampouco, suprime a sua dependência em relação ao processo principal.⁴³³

⁴²⁹ *Nova Era do Processo Civil...*, p. 83.

⁴³⁰ CARPENA, Márcio Louzada. *Do Processo Cautelar Moderno...*, p. 107.

⁴³¹ Esse posicionamento, no entanto, não é pacífico. Sydney Sanches, contrariamente, afirma que a tutela cautelar não pode, nem deve, antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória. Seu fito seria apenas garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. “Dessa forma, não é lícito ao juiz, no âmbito da tutela cautelar, deferir medidas satisfativas, sob condição de posterior reposição, caso ocorra sucumbência na ação principal: ‘assim, não se pode ordenar o cancelamento de uma hipoteca, a entrega de coisa por força de compra e venda; nas questões oriundas da locação, a entrega da coisa ou o despejo.’” (*Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro...*, p. 131)

Recorremos, pois, à lição de Galeno Lacerda: “pode acontecer, conforme o caso, que a providência acauteladora imponha a necessária mudança do *status*, quando, da manutenção deste, possa resultar a ineficácia prática, embora parcial, da decisão de mérito, devido ao *periculum in mora*. Quando a providência for positiva, no sentido de autoriza ou ordenar a prática de ato, ela assume, conforme o caso, caráter conservador ou inovador do *statu quo*. As cautelares não são apenas conservadoras, como já notara Calamandrei.” (*Comentários ao Código de Processo Civil...*; p. 98)

⁴³² Por esse motivo, não se pode confundir o dever-poder geral de cautela com as tutelas sumárias de urgência, pois não tem aptidão para resolver o conflito definitivamente. Apesar de ser um instrumento que se relaciona com o direito material, ele não resolve o conflito. Depende, sempre, do processo principal. Não pode, pois, ser confundido com as tutelas sumárias de urgência.

5.17 RESPONSABILIDADE DECORRENTE DO EXERCÍCIO DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA

A responsabilidade pelo exercício do dever-poder geral de cautela segue o regime geral das cautelares, regido pelo art. 811 do CPC, tal como já exposto no capítulo anterior.

O requerente da medida cautelar responde *objetivamente* ao requerido pelo prejuízo que a execução da medida lhe causar, nas seguintes hipóteses: **(i)** se a sentença no processo principal for desfavorável ao requerente; **(ii)** se, obtida liminarmente a medida, o requerente não promover a citação do requerido em cinco dias; **(iii)** se ocorrer a cessão da eficácia da medida, em razão de não ter sido intentada a ação principal, se a medida não for executada em até trinta dias ou se o juiz declarar extinto o processo principal; e **(iv)** se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou prescrição do direito do autor.

Em sendo verificada a responsabilidade do requerente da medida cautelar e, conseqüentemente, o dever de indenizar, a indenização será liquidada nos próprios autos do processo cautelar ou nos autos onde a medida fora deferida, nos termos do parágrafo único do art. 811 do CPC.

A única situação que merece especial atenção diz respeito às hipóteses em que o dever-poder geral de cautela for exercido de ofício. Nesses casos, considerando que não houve pedido do requerente, não há como responsabilizá-lo pelos danos decorrentes da execução da medida.⁴³⁴ O Estado, com base no art. 37, §6º⁴³⁵, da Constituição Federal, deverá ser responsabilizado e,

⁴³³ José Roberto dos Santos Bedaque lembra que “eventuais efeitos práticos produzidos pela tutela cautelar na relação material, ainda que consistentes em antecipar certas consequências fáticas a ela inerentes, não podem ser confundidos com o efeito jurídico da tutela de cognição exauriente. Este último não está presente na tutela cautelar.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p. 154)

⁴³⁴ “Em tais hipóteses, à falta de pedido da parte, não há como responsabilizá-la por eventuais danos. É típica situação em que deve ter ampla incidência o princípio agasalhado no §6º do art. 37 da Constituição Federal, de responsabilidade objetiva do Estado. É o Estado, com efeito, *objetivamente* responsável pelos danos que seus agentes, inclusive magistrados, causarem na consecução de suas finalidades.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso...*, v. 04, p. 219)

⁴³⁵ “Art. 37, § 6º, CF: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

quando houver dolo ou culpa do magistrado, é possível responsabilizá-lo pessoalmente, com amparo no art. 133, I, do CPC.⁴³⁶

5.18 O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA EM SEDE RECURSAL

O dever-poder geral de cautela pode (e deve) ser exercido em qualquer momento ao longo da tramitação processual, pois o seu exercício é inerente à função jurisdicional. Qualquer magistrado, em qualquer instância, está investido desse poder, verdadeiro *dever-poder*.

O art. 800, parágrafo único, do CPC dispõe que, tendo sido interposto o recurso, as tutelas cautelares serão requeridas diretamente ao Tribunal⁴³⁷. Assim, os Tribunais, incluindo os de superposição (STJ e STF), podem (e devem), diante da presença dos requisitos, exercer o dever-poder geral de cautela, nos autos do próprio recurso de sua competência.

A atuação mais comum na fase recursal ocorre nos casos de atribuição de efeito suspensivo *ope judicis* aos recursos, que é o efeito concedido pelo magistrado à luz das necessidades e das circunstâncias do caso concreto.⁴³⁸

⁴³⁶ Sobre a responsabilidade dos magistrados, José dos Santos Carvalho Filho observa que “segundo o art. 133 do CPC, o juiz responde por perdas e danos quando no exercício de suas funções procede dolosamente, inclusive com fraude, bem como quando recusa, omite ou retarda, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Nesse caso, a responsabilidade é individual do juiz, cabendo-lhe, em consequência, o dever de reparar os prejuízos que causou.

Contudo, ninguém pode negar que o juiz é um agente do Estado. Sendo assim, não pode deixar de incidir também a regra do art. 37, §6º, da CF, sendo, então, civilmente responsável a pessoa jurídica federativa (a União ou o Estado-Membro), assegurando-se-lhe, porém, direito de regresso contra o juiz.

Para a compatibilização da norma do Código de Processo Civil com a Constituição, forçoso será reconhecer que o prejudicado pelo ato jurisdicional doloso terá a alternativa de propor a ação indenizatória contra o Estado ou contra o próprio juiz responsável pelo dano, ou, ainda, contra ambos, o que é admissível porque o autor terá que provar, de qualquer forma, que a conduta judicial foi consumada de forma dolosa.” (*Manual de Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 580).

⁴³⁷ Humberto Theodoro Júnior afirma que, durante a tramitação recursal, a competência é do Tribunal, e não do juiz de primeiro grau, salvo no caso em que o recurso, por não ter efeito suspensivo, como o agravo, não impede que o juiz de origem continue a oficiar no processo. (*Processo Cautelar...*, p. 118)

⁴³⁸ “O parágrafo único do art. 558 expressamente admite que o magistrado conceda efeito suspensivo à apelação nas ‘hipóteses do art. 520, isto é, nos casos em que o legislador entendeu oportuno retirar o efeito suspensivo daquele recurso (...).

Assim, quando o magistrado estiver diante de casos de ‘lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação’ - além das demais hipóteses referidas pelo *caput* do art. 558 que, pela sistemática processual, não ensejam proferimento de sentença e, conseqüentemente, à interposição de apelação -, ele poderá (melhor entendido: *deverá*) atribuir efeito suspensivo à apelação, impedindo, conseqüentemente, sua execução provisória. Trata-se do que pode se chamado de ‘concessão *ope judicis* do efeito suspensivo’, em contraposição aos casos em que o efeito

O artigo 558 do CPC dispõe que o relator, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, poderá suspender o cumprimento da decisão recorrida até o pronunciamento definitivo do órgão colegiado. Trata-se de dispositivo que é reconhecido como típico caso de exercício do dever-poder geral de cautela.

A leitura do *caput* desse artigo indica que a sua aplicação ocorre apenas nos casos em que o recurso é o agravo de instrumento. No entanto, seu parágrafo único dispõe que a sua aplicação se estende ao recurso de apelação. A aplicação desse artigo alcança os demais recursos.⁴³⁹

Quando o pedido da parte se tratar de antecipação dos efeitos da tutela recursal, em sede de recurso de agravo de instrumento, este pode ser fundamentado no próprio art. 527, III, do CPC, que dispõe que o relator poderá deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, o que pode ser entendido com “dever-poder geral de *antecipação*”.

A competência para analisar a atribuição de efeito suspensivo aos recursos é do relator, nos termos do *caput* do art. 558 do CPC. Ocorre que a situação urgente a ser tutelada pode surgir no intervalo entre a interposição do recurso e a sua distribuição ao relator. Nesses casos, o requerente da tutela cautelar deve formar autos próprios (*físicos* ou *digitais*), com as peças e documentos necessários à análise do seu pedido, e distribuí-lo diretamente perante o Tribunal competente, sem que tenha que aguardar as providências do cartório destinadas à distribuição ou remessa dos autos (*disponibilização*, no caso de autos digitais) ao Relator.

suspensivo é concedido *ope legis*, a *regra* em se tratando de apelação (...)” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processo Civil*, v. 05, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 164)

⁴³⁹ Cassio Scarpinella Bueno, analisando o art. 558, do CPC, observa que, a despeito de sua redação, é correto o entendimento de que o exercício do dever-poder geral de cautela não se restringe aos recursos de agravo de instrumento (art. 558, *caput*) e de apelação (art. 558, parágrafo único). Quaisquer outros recursos permitem o exercício desses deveres-poderes, por serem decorrentes diretamente do modelo constitucional do direito processual civil. (*Curso...*, v. 04, p. 253)

A esse específico respeito, importa dar destaque aos incisos IV e V do art. 21 e ao art. 304 do RISTF e aos incisos V e VI do art. 34 e ao art. 288 do RISTJ, que expressamente reconhecem a possibilidade do exercício do dever-poder geral de cautela no âmbito daqueles Tribunais, inclusive no âmbito recursal, independentemente dos efeitos dos recursos no que é expresso o referido art. 304 do RISTF.

A despeito do entendimento de que os Regimentos Internos dos Tribunais não podem inovar na ordem jurídica, *criando* normas jurídicas, as previsões destacadas são suficientemente ilustrativas do *reconhecimento* da inerência dos deveres-poderes aqui analisados ao exercício da função jurisdicional. Trata-se, portanto, de mera *explicitação* que deriva, suficientemente, do próprio ordenamento jurídico. (*Curso...*, v. 04, págs. 253/254)

O fato de o requerente ter formado novos *autos*, com documentação destinada a dar suporte ao seu pedido de tutela cautelar, não deve ser confundido com uma nova *ação* ou um novo *processo*. Trata-se, apenas, da formulação de um pedido de tutela jurisdicional cautelar, deduzido em autos apartados, para viabilizar a sua apreciação, sem que se tenha que aguardar a realização das providências cartoriais.

Cassio Scarpinella Bueno, com relação à competência para o exercício dos deveres-poderes derivados do art. 558 do CPC, reconhece concorrência competente entre o órgão *ad quem* e o órgão *a quo* para atribuição de efeito suspensivo ao recurso, quando o juízo de admissibilidade for do órgão da instância inferior. Nesse sentido, observa que a regra merece interpretação ampla, inclusive para os demais recursos, até para evitar óbices formais. Para tanto, é suficiente entender esse artigo no sentido de que é competente para conceder efeito suspensivo, isto é, exercer os deveres-poderes ora examinados, o magistrado que proferiu a decisão recorrida toda vez que ele próprio for o órgão de interposição do recurso e enquanto os autos do processo estiverem sob sua responsabilidade. É como se o parágrafo único do art. 800, para ter incidência, não se contentasse apenas com a interposição do recurso, mas com a chegada dos autos ao órgão *ad quem*, competente para o seu julgamento. O proferimento da sentença, com efeito, não pode ser compreendido como significativo do encerramento da competência jurisdicional da primeira instância. A ideia é evitar que a forma e a necessidade de documentação dos atos processuais sobreponham-se ao seu conteúdo, que consiste na necessidade de concessão ou não da tutela jurisdicional *preventiva*.⁴⁴⁰

Vale, aqui, a observação sempre pertinente de Cândido Rangel Dinamarco: “o direito processual civil é eminentemente formal, no sentido de que define e impõe formas a serem observadas nos atos de exercício da jurisdição pelo juiz e de defesa de interesses pelas partes. A exigência de formas no processo é um penhor da segurança destas, destinado a dar efetividade aos poderes e faculdades inerentes ao sistema processual (devido processo legal); o que se renega no direito formal é o *formalismo*, entendido como culto irracional da forma, como se fora esta um objetivo em si mesma”⁴⁴¹.

Os pressupostos para o exercício do dever-poder geral de cautela na fase recursal são os mesmos daqueles exigidos pelo art. 798 do CPC: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

⁴⁴⁰ *Curso...*, v. 04, p. 256.

⁴⁴¹ *Instituições de Direito Processual Civil...*, v. I, p. 38.

Em sede recursal, o *fumus boni iuris* diz respeito à relevante fundamentação do recurso (art. 558 do CPC). A relevância dessa fundamentação ocorre através da demonstração de indicativos de que o recurso reúne prováveis chances de ser provido. Para tanto, a parte requerente deve-se valer de precedentes no mesmo ou em sentido contrário da decisão recorrida, valendo-se, por analogia, do que dispõe o *caput* e o §1º-A do art. 557 do CPC.

O *periculum in mora*, na fase recursal, diz respeito à demonstração da urgência da parte, que não pode esperar a normal tramitação do recurso, em receber a tutela necessária para evitar a lesão a direito.

A *citação* da parte contrária é dispensável, para fins do art. 802 do CPC, mesmo quando o pedido cautelar ocorrer em autos apartados (desde que não se trate de uma nova ação). É suficiente, porém, a sua *intimação* para, querendo, contrapor-se ao pedido.

6 CONCLUSÃO – O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA COMO UM INSTRUMENTO ESSENCIAL AO PLENO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

6.1 O CARÁTER PUBLICISTA DO DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA

O dever-poder geral de cautela exerce a função de proteger o escopo do processo e a efetividade da jurisdição como um todo, e não somente a atender o direito da parte em estado de periclitção, de onde decorre o seu caráter publicista.

A iniciativa do processo é da parte, mas o processo se desenvolve por impulso oficial (art. 262 do CPC). Assim que o processo tem início, o Estado-juiz passa a ter interesse e obrigação na aplicação da lei e no cumprimento da sua função jurisdicional. O juiz tem o dever-poder de agir, sempre que determinado fato possa obstar a finalidade do processo.

Resguardar o escopo do processo é interesse e dever do Estado-juiz⁴⁴². Impedir que o objetivo do processo venha a ser prejudicado ou frustrado é contrário à função jurisdicional e, portanto, ao Interesse Público. Moacyr Amaral Santos observa que o Estado, desde o momento em que proibiu a autotutela, assumiu a função de dirimir os litígios com interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida.⁴⁴³

É contrário aos interesses do Estado que a máquina do Judiciário seja movimentada em prol de um processo inócuo, cujos resultados não terão utilidade nenhuma, em razão de o direito em disputa ter sido irreparavelmente prejudicado por ato da parte adversa.

O dever-poder geral de cautela, além de servir como remédio eficaz para evitar lesão ou ameaça a direito, antes do julgamento final do processo, serve, também, ao Interesse Público, a fim de neutralizar os riscos de que a prestação jurisdicional perca a sua utilidade, em razão da ineficácia do provimento final.

Ainda que inexistente o pedido da parte, o juiz pode e deve tutelar o objeto do litígio, com vistas a resguardar a utilidade do processo principal.

⁴⁴² Cassio Scarpinella Bueno esclarece que jurisdição, assim, é a função exercida pelo Estado-juiz para declarar e realizar concretamente o direito, mesmo que tal realização seja *forçada*, isto é, não conte com a colaboração, compreendida a palavra em seu sentido mais amplo, daquele em face de quem a função jurisdicional será prestada. Nesse contexto, a palavra jurisdição e a locução função jurisdicional são equivalentes. (*Curso...*, v. 01, p. 288)

⁴⁴³ *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil...*, p. 67.

Sempre que situações como essas surgirem, o magistrado pode (ou melhor, *deve*) exercer o dever-poder geral de cautela para resguardar o objeto do processo, inclusive de ofício, agindo no interesse da Justiça, em cumprimento da sua *função* jurisdicional.

Calamandrei observa que os provimentos cautelares “são dirigidos, mais do que a defender os direitos subjetivos, a garantir a eficácia e por assim dizer a seriedade da função jurisdicional; aquela espécie de escárnio pela justiça que o devedor citado no processo ordinário poderia tranquilamente exercer, aproveitando as longas protelações do processo, para colocar a salvo os seus bens e rir-se depois da condenação praticamente impotente para atingi-los, pode ser evitada através da tutela cautelar. Esta visa, portanto, como os procedimentos que o direito inglês entende sob a denominação de *contempt of Court*, a salvaguardar o *imperium judicis*, ou seja, a impedir que a soberania do Estado, na sua mais alta expressão que é aquela da justiça, se reduza a ser uma atrasada e inútil expressão verbal, uma vã ostentação de lentos engenhos destinados, como os guardas da ópera bufa, a chegar sempre muito tarde.”⁴⁴⁴

Galeno Lacerda destaca que, através do dever-poder geral de cautela, rasga-se a imagem tradicional do juiz preso e manietado do sistema continental, e dá-se ao juiz moderno dos países codificados o mesmo horizonte criador e novo do pretor romano e dos magistrados anglo-americanos. “O direito cautelar, se nos permitem o neologismo, a todos nivela, aos juízes de todos os tempos e lugares, acima da História e dos sistemas diversificados de elaboração jurídica, numa identidade imposta pelas necessidades permanentes e universais de proteção direta e imediata do homem contra a ameaça, o perigo, o risco, o conflito.”⁴⁴⁵

Cassio Scarpinella Bueno assinala que “pelo ‘dever-poder geral de cautela’ o magistrado, no exercício da jurisdição, tende a tutelar (proteger) suficiente e adequadamente qualquer situação de ameaça que lhe seja apresentada ou que seja visível ao longo do processo como forma, até mesmo, de evitar que a função jurisdicional seja exercitada de forma inútil o que, no direito processual civil brasileiro, é assegurado amplamente desde o art. 125, III, do Código de Processo Civil.”⁴⁴⁶

Além de garantir o escopo do processo, o dever-poder geral de cautela destina-se a garantir a função jurisdicional e, portanto, constitucional, através de atos destinados a impor, à parte, o cumprimento das ordens judiciais, decorrentes dos poderes outorgados aos magistrados.

⁴⁴⁴ *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares...*, p. 209.

⁴⁴⁵ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil...*; p. 86.

⁴⁴⁶ *Curso...*, v. 01, p. 207.

O dever-poder geral de cautela, ainda que seja uma espécie do gênero tutela de urgência, detém caráter publicístico, na medida em que é um instrumento por meio do qual o magistrado conduz o processo, compele as partes, defere *de ofício* tutelas não previstas em artigos específicos da lei, tudo para que a jurisdição tenha efetividade, o direito não pereça e a eficácia do processo principal não reste prejudicada.

O caráter publicístico do dever-poder geral de cautela emana, pois, do fato de que este poder se destina a criar condições para que a justiça seja prestada, resguardando o escopo do processo e atribuindo efetividade à jurisdição e garantindo, por último, a Constituição Federal e o Interesse Público.

6.2 UMA NORMA DE FECHAMENTO DO SISTEMA

De acordo com a doutrina italiana⁴⁴⁷, uma norma que tem a função de harmonizar a tutela jurisdicional com a Constituição é chamada de “norma de fechamento do sistema”.

O art. 700 do CPC italiano, que trata do poder geral de cautela, é conhecido como uma norma de fechamento do sistema, pois foi criado “com a finalidade de dar uma solução a exigências de tutela urgente que não eram consideradas merecedoras de específicos procedimentos sumários típicos (cautelares ou não), na medida em que tais exigências ou não eram previsíveis ou emergiam apenas de modo episódico ou marginal.”⁴⁴⁸

A causa dessa lacuna legal, segundo os italianos, está relacionada às “profundas modificações que sobrevieram em nível de legislação substancial (também de *status* constitucional) e a mudança de centralização do ordenamento dos valores da propriedade e da empresa ao valor da pessoa e do trabalho fizeram emergir novos direitos. Desde o momento em que essa evolução (ou, melhor dizendo, revolução) do ordenamento jurídico não foi seguida de uma intervenção orgânica de reforma da tutela sumária, verificou-se a seguinte situação: para prover de tutela jurisdicional adequada (nos termos do art. 24 da Constituição) uma vasta e variada série de novos direitos necessitados de tutela urgente, cujo pedido de tutela teria sido

⁴⁴⁷ Trata-se de posicionamento compartilhado pela doutrina italiana (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*)

⁴⁴⁸ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*..., p. 630.

negado substancialmente se formulada nos termos do processo de cognição plena, o único instrumento processual utilizável revelou-se o provimento de urgência do art. 700.”⁴⁴⁹

Concluem os italianos, em relação ao art. 700 do seu CPC, o qual se ocupa do Poder Geral de Cautela, que “especialmente dos anos 60 em diante, tal norma assumiu a função de absorver, no sistema de tutela jurisdicional civil, uma função quantitativa e qualitativamente impensada e impensável para o legislador de 1942: vale dizer, a função de harmonizar o sistema de tutela jurisdicional civil com a Constituição.”⁴⁵⁰

Diante dessas considerações, surgem, inevitavelmente, algumas questões: o nosso dever-poder geral de cautela, tal como na Itália, não teria a função de uma norma de fechamento do sistema? Não seria o dever-poder geral de cautela um instrumento necessário para tutelar adequadamente uma vasta gama de situações que necessitam da intervenção do Poder Judiciário?

Acreditamos que as respostas sejam positivas.

Alcides Munhoz da Cunha, em relação às tutelas transitórias de urgência, afirma que essas tutelas assumem um sentido supletivo e integrativo, com vistas à completude do ordenamento no momento da concreção do direito, diante da insuficiência ineliminável das tutelas normativas substancial e jurisdicional primárias, tal como já advertia Calvosa.⁴⁵¹

Luiz Fux registra que “o Estado no exercício do poder-dever jurisdicional não pode escusar-se de enfrentar uma situação de periclitção do direito da parte a pretexto de inexistir texto expresso que autorize essa cognição satisfativa sumária e urgente.”⁴⁵²

É nesse sentido que o art. 798 do CPC, deve ser entendido, pois, de fato, tem a função de dar vazão às necessidades de tutelas urgentes não previstas pelo sistema. O art. 798 do CPC é, pois, instrumento à disposição do magistrado para se tutelar qualquer lesão ou ameaça a direitos e dar vida à garantia constitucional do direito à tempestiva e adequada tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF).

Sem excluir os demais instrumentos legais previstos em nosso ordenamento, tais como o Mandado de Segurança, por exemplo, não há como negar que o art. 798 do CPC detenha *status* de norma de fechamento do sistema, dada a sua função de atender à garantia do direito de ação (ou da “*inafastabilidade do Poder Judiciário*”), insculpida no art. 5º, XXXV, da CF, tutelando

⁴⁴⁹ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*..., p. 630.

⁴⁵⁰ *Id.*

⁴⁵¹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*..., p. 373.

⁴⁵² FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência* ..., p. 49.

qualquer lesão ou ameaça a direitos, que eventualmente não esteja tipificada em nosso Código de Processo Civil.

Não se está sustentando que o dever-poder geral de cautela sirva de panacéia geral para todos os males levados a juízo. No entanto, o jurisdicionado não pode ser privado da necessária tutela jurisdicional, seja de caráter cautelar, seja de caráter antecipatório. À falta de lei específica, o dever-poder geral de cautela serve como instrumento à disposição do juiz (que pode ser aplicado de ofício) para evitar a ocorrência da ameaça ou lesão a direito. Deve, pois, ser devidamente aplicado, como uma norma da qual o juiz pode fazer uso para tutelar as mais variadas situações existentes.

O dever-poder geral de cautela é o instrumento pelo qual o juiz, diante de lacunas legais, exerce a jurisdição, dando, à parte, a necessária e adequada proteção judicial (urgente) ao seu direito, através de atos conservativos ou satisfativos que, não necessariamente, correspondam ao pedido a ser deduzido na ação principal, tal como ocorre com a tutela antecipada.

6.3 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL VIA DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA

Se o jurisdicionado levar ao Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, demonstrando a plausibilidade do direito alegado e a urgência em receber a tutela jurisdicional, o magistrado tem o dever-poder de conceder a medida, ainda que inexistente a previsão legal específica.

José Frederico Marques observa que “inerente é à função jurisdicional o poder instrumental do juiz de assegurar o resultado do processo, através de medidas adequadas que não vulnerem as garantias do devido processo legal. É o que decorre, aliás, do disposto, de modo genérico, no art. 125, e de modo especial, do que vem previsto em vários preceitos do Código de Processo Civil.”⁴⁵³

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal é a garantia expressa destinada a afastar ameaça de lesão a direito, não importando se o remédio legal se encontra ou não positivado na legislação infraconstitucional. À luz desse princípio, o magistrado tem o dever-poder de conceder a tutela jurisdicional adequada a tutelar determinado interesse plausível que demande proteção urgente.

⁴⁵³ Manual de Direito Processual Civil..., p. 435

O magistrado, no curso do processo, verificando que uma das partes pode prejudicar o direito objeto da disputa, deve conceder medida apta a resguardar este direito, ainda que isto ocorra de ofício.

É preciso, no entanto, alertar para o fato de que o exercício do dever-poder geral de cautela requer prudência, equilíbrio e ponderação. Galeno Lacerda observa que o dever-poder geral de cautela, por estar, também, ao alcance do litigante de má-fé, constitui uma perigosa arma de dois gumes nas mãos do magistrado, que poderá cercear injustamente o exercício de direitos legítimos, envolvido pela cavilação do embuste ou pela falaciosa aparência do direito alegado por quem carece, na verdade, de razão. E, assim, há o risco, para desprestígio da justiça, de que uma liminar, dada por inadvertência, se transforme em instrumento iníquo de pressão, para extorquir, do adversário, vantagens e transações indevidas.⁴⁵⁴

Galeno Lacerda adverte, ainda, que “a utilização do dever-poder geral de cautela requer advogados probos e juízes da mais alta dignidade. Quem não corresponder a tais predicados poderá transformar esse instrumento, posto na lei para amparo urgente e necessário de direitos e interesses legítimos, em arma letal de iniquidade.”⁴⁵⁵

Além disso, hoje em dia, juízes devem estar, mais do que nunca, conscientes dos efeitos de suas decisões, sobretudo em razão dos filtros recursais existentes no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Como decorrência da garantia constitucional do completo direito de ação, se houver lesão ou ameaça que deva ser tutelada, o magistrado deve (não pode se eximir de) conceder a adequada e tempestiva tutela jurisdicional, ainda que não haja previsão legal específica para tanto.

6.4 O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA COMO MEDIDA DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

Além do seu caráter publicístico, o dever-poder geral de cautela pode e deve ser utilizado como medida de polícia judiciária na condução do processo. Não por outro motivo, Calamandrei, já em 1936, chegou a comparar o dever-poder geral de cautela ao *contempt of Court*, que é um instrumento destinado a compelir ou sancionar aquele que descumpre as ordens das Cortes de Justiça da *Common Law*.

⁴⁵⁴ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil...*; p. 89.

⁴⁵⁵ *Ibid.*; p. 146.

O juiz tem o *dever-poder* de, *ex officio*⁴⁵⁶, prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (art. 125, III, do CPC). Como a função cautelar do juiz é permanente⁴⁵⁷, no exercício desta função, conta ele com poderes que permitem o exercício da atividade de polícia judiciária⁴⁵⁸. De acordo com Luiz Fux, este poder de polícia é instrumental e viabilizador do exercício das atividades confiadas constitucionalmente aos poderes constituídos.⁴⁵⁹

Humberto Theodoro Júnior cita situações em que o “interesse estatal pelo célere desenvolvimento do processo pode ser posto em risco pelas maliciosas e reiteradas retiradas dos autos do cartório e sua retenção indevida em poder do advogado; e o interesse pela apuração da verdade dos fatos pode ser posto em risco pela iminência de destruição ou desaparecimento da coisa a ser vistoriada. Num e noutro caso, poderá o juiz, de ofício, determinar, nos limites dos arts. 798 e 799, a busca e apreensão dos autos injustamente retidos, a interdição do ímprobo advogado de novas vistas fora do cartório, bem como o depósito do bem a ser oportunamente vistoriado.”⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ José Frederico Marques afirma que “esse poder cautelar, configurado sob a forma de tutela jurisdicional específica (a tutela jurisdicional cautelar), pode ser amplo, contínuo e genérico, ou então, descontínuo e típico. No último caso, as medidas cautelares, como conteúdo de prestação jurisdicional (v. supra, nº. 1.028), são típicas: não há providência cautelar sem previsão legal específica. Mas, quando a lei processual admite um poder cautelar genérico e amplo, ao lado de medidas cautelares específicas e típicas, passam a existir também medidas atípicas ou inominadas. O Código de Processo Civil vigente adotou a segunda diretriz, uma vez que admite, no art. 799, medidas atípicas ou inominadas.” (*Manual de Direito Processual Civil*..., p. 436)

⁴⁵⁶ O Projeto de Lei do Novo Código de Civil, seja a versão do Senado, seja a versão da Câmara, afirma expressamente que o juiz exerce poder de polícia, conforme o artigo 345 (do Projeto do Senado – PLS 166/2010) e o artigo 367 (do Projeto de Lei da Câmara PL 8.046/2010).

⁴⁵⁶ FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 85.

⁴⁵⁶ *Processo Cautelar*..., p. 104.

⁴⁵⁷ Galeno Larcada reconhece que a cautelar concedida de ofício decorre de um autêntico poder de polícia do juiz e que constitui exemplo típico da atuação oficiosa na esfera cautelar, prescindindo de pedido da parte. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, Tomo I, p. 62)

⁴⁵⁷ Cassio Scarpinella Bueno adverte que jurisdição não se resume a *dizer* (*declarar* ou *reconhecer*) o direito. Jurisdição é *também realizar, cumprir, executar, satisfazer* o direito tal qual reconhecido lesionado ou ameaçado. Integram a atividade *jurisdicional* – e, nesse sentido, o estudo da jurisdição –, não só atividades ‘ideais’ ou ‘intelectuais’ (o magistrado verifica quem é o merecedor da *tutela* do Estado) mas, também, a prática de atividades ‘concretas’ ou ‘materiais’ (o magistrado, valendo-se do monopólio da força física do Estado, cria condições de satisfação plena daquele que é merecedor da tutela jurisdicional). (*Curso*..., v. 01, p. 288)

⁴⁵⁸ *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, São Paulo: Saraiva, 1943, p. 11.

⁴⁵⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. X, Tomo I, Arts. 796 a 812, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 25.

Trata-se de atos de natureza cautelar, que evitam protelações e preservam a eficácia do processo e que não excluem a aplicação de multas (*astreintes*) (art. 461, §4º, do CPC) ou das sanções por litigância de má-fé (arts. 16 a 18 do CPC).

Cândido Rangel Dinamarco, por sugestão de Galeno Lacerda, faz uma legítima distinção entre as medidas cautelares *incidentes*, “que podem e devem ser concedidas de-ofício, e as *preparatórias*, que dependem de pedido da parte. É dever do juiz determinar cautelares incidentes ao processo, porque a ele cumpre, mais do que a ninguém, preservar a imperatividade e a eficácia de suas próprias decisões e dos comandos que através do processo prepara e depois emite; ao perceber que o fluir do tempo poderá comprometer o correto e útil exercício da jurisdição, ele determinará o que for necessária para evitar que isso aconteça, sob pena de figurar na relação processual como mero autômato, ou espectador irresponsável, permitindo a degradação de seu próprio mister. Esse raciocínio conduz também, por si próprio e quando aplicado *a contrario sensu*, a excluir a tutela cautelar *preparatória* de-ofício, pela simples razão de que, inexistindo um processo pendente, não se cogita de um exercício incorreto ou inútil da jurisdição – sendo temerário antecipar o que poderá ocorrer se e quando o interessado vier a provocar a instauração do processo principal.”⁴⁶¹

O dever-poder geral de cautela serve, pois, em determinadas situações, especialmente quando não reguladas por lei específica, como instrumento viabilizador do poder de polícia⁴⁶² e, por consequência, como destinado a resguardar a eficácia do escopo do processo e da função jurisdicional.

⁴⁶⁰ *Jurisdição e Competência*

ia, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

⁴⁶¹ *Princípios do Processo na Constituição Federal...*, p. 172.

⁴⁶¹ Nesse sentido, também, o art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº. 4.657/42, com redação dada pela Lei 12.376/10), dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” E o art. 5º, do mesmo diploma legal, complementa assegurando que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

⁴⁶² *Tutela*

6.5 O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA COMO INSTRUMENTO ESSENCIAL AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

Jurisdição é a função do Estado destinada à solução de conflitos de forma definitiva, através da aplicação do direito ao caso concreto⁴⁶³. Essa atividade subsuntiva (aplicação da lei ao fato) não se resume apenas à declaração de direitos, mas inclui atividades destinadas à realização concreta (execução) do direito declarado.⁴⁶⁴

Chiovenda ensina que jurisdição “é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.”⁴⁶⁵

Calmon de Passos observa que a ideia núcleo da jurisdição é a de que ninguém pode ser juiz em causa própria, fazendo-se mister, para reta solução das situações-obstáculo, sejam elas removidas por terceiro que, não sendo parte interessada, pode-se colocar suficientemente distanciado para apreciar os fatos com objetividade e segurança, do que resultará a exata aplicação do direito ao caso concreto.⁴⁶⁶

Athos Gusmão Carneiro assinala que a jurisdição é a “*atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto.*”⁴⁶⁷

de Segurança e Tutela da Evidência..., p. 55.

⁴⁶³ *Curso...*, v. 04, p. 215.

⁴⁶³ *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória...*, p. 229.

⁴⁶³ *Comentários ao Código de Processo Civil...*; p. 74.

⁴⁶³ *Ibid.*; p. 146.

s relações sociais, ajustar sua conduta. Portanto, os cidadãos já encontram exteriormente formulada esta vontade superior do Estado, que lhes ordena a manter uma determinada conduta e exige que a obedeçam a qualquer custo.” (*Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., traduzido por Douglas Dias Ferreira, Campinas: Bookseller, 2003, p. 103)

⁴⁶⁴ Cassio Scarpinella Bueno adverte que jurisdição não se resume a *dizer* (*declarar* ou *reconhecer*) o direito. Jurisdição é *também realizar, cumprir, executar, satisfazer* o direito tal qual reconhecido lesionado ou ameaçado. Integram a atividade *jurisdicional* – e, nesse sentido, o estudo da jurisdição –, não só atividades ‘ideais’ ou ‘intelectuais’ (o magistrado verifica quem é o merecedor da *tutela* do Estado) mas, também, a prática de atividades ‘concretas’ ou ‘materiais’ (o magistrado, valendo-se do monopólio da força física do Estado, cria condições de satisfação plena daquele que é merecedor da tutela jurisdicional). (*Curso...*, v. 01, p. 288)

⁴⁶⁵ *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, São Paulo: Saraiva, 1943, p. 11.

⁴⁶⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. X, Tomo I, Arts. 796 a 812, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 25.

⁴⁶⁷ *Jurisdição e Competência*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

A jurisdição é, pois, um dever-poder do Estado de declarar a lei e aplicá-la ao caso concreto através da tutela jurisdicional, que se manifesta de três formas: tutela de conhecimento (cognição), tutela de execução e tutela cautelar.

Com a vedação da autotutela, nasce o direito subjetivo de ação. A este direito corresponde, pois, a jurisdição, considerando o fato de que o Estado assumiu para si o dever-poder de aplicar o direito e resolver conflitos, mediante o devido processo legal.

A jurisdição é monopólio do Poder Judiciário. O jurisdicionado está proibido de exercer a autotutela, sob pena de incorrer no delito de exercício arbitrário das próprias razões. No entanto, à medida que o Estado veda a autotutela, passa a ter a obrigação de garantir o efetivo acesso à jurisdição e de prestar a adequada tutela jurisdicional.

O direito do cidadão de acessar o Poder Judiciário, ter o seu conflito examinado e receber a adequada e tempestiva tutela jurisdicional é uma garantia constitucional pétrea prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ocorre que a tutela jurisdicional de conhecimento ou de execução, no entanto, requerem tempo até a sua prestação final, ensejando o risco de serem concebidas tarde demais, em desprestígio da lei e em prejuízo do direito em disputa. Para se evitar este risco, a jurisdição conta, então, com as tutelas cautelares.

Nem todas as situações de urgência foram antevistas pelo legislador e encontram-se tipificadas na lei. Há situações urgentes que não encontram previsão em lei específica, mas que, igualmente, necessitam da devida e tempestiva tutela jurisdicional.

O processo, considerando o necessário lapso entre o conhecimento da situação litigiosa e a respectiva decisão final, não pode causar danos à parte. O processo não pode se voltar contra o próprio jurisdicionado, prejudicando ou esvaziando o seu direito, nem favorecer a parte que não tem razão.

De acordo com a extensão do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não se pode permitir que lesões ou ameaças a direito, que não estejam tipificadas em lei, fiquem carentes de tutela jurisdicional.

Nelson Nery Junior observa que todos têm direito de obter, do Poder Judiciário, a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja *adequada*. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz,

preenchidos os requisitos, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizadora, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.⁴⁶⁸

O art. 798 do CPC determina que o magistrado pode dispor de “medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação”.

Em reforço da aplicação do art. 798, o art. 126 do CPC dispõe que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei⁴⁶⁹. Nesse sentido, Luiz Fux esclarece que “diante da urgência e da necessidade de ingresso no Judiciário, o Estado, exercente do poder-dever de prestar a jurisdição, não pode escusar-se em deferir a providência sob o manto da inexistência de previsão legal. Além da regra *in procedendo* do art. 126 do Código de Processo Civil, conspira contra essa exoneração do dever de julgar o próprio princípio do acesso à justiça, que na verdade não reclama outra coisa senão o ‘exercício do direito abstrato de petição’, pouco importando o direito material encartado ou veiculado no *petitum*.”⁴⁷⁰

Cassio Scarpinella Bueno observa que “o dever-poder geral de cautela é ínsito ao exercício da função jurisdicional. Basta, para que ele seja devidamente exercitado, que haja ‘processo’ (pouco importando a classificação que ele, como tal, mereça) e que, sob pena de contrariedade ao ‘modelo constitucional’, trata-se de um processo *devido*, em que ambas as partes (e eventuais terceiros intervenientes) tenham condições de ampla participação.”⁴⁷¹

José Roberto dos Santos Bedaque registra que “a tutela cautelar é, sem dúvida, componente essencial da atividade jurisdicional do Estado, pois constitui importante instrumento de sua efetividade. Destinada a evitar o perigo de ineficácia do processo, bem como aquela decorrente do mero retardamento na entrega da prestação final, integra a garantia constitucional do amplo acesso à justiça e da ampla defesa. Por isso, ao lado das modalidades expressamente previstas e devidamente nominadas, dispõe o sistema de regra geral admitindo o amplo poder cautelar do julgador, como meio de assegurar a utilidade da tutela principal.”⁴⁷²

⁴⁶⁸ *Princípios do Processo na Constituição Federal...*, p. 172.

⁴⁶⁹ Nesse sentido, também, o art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº. 4.657/42, com redação dada pela Lei 12.376/10), dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” E o art. 5º, do mesmo diploma legal, complementa assegurando que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

⁴⁷⁰ *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência...*, p. 55.

⁴⁷¹ *Curso...*, v. 04, p. 215.

⁴⁷² *Tutela Cautelar e tutela antecipatória...*, p. 229.

Pelo fato de a jurisdição não se resumir apenas à declaração de direitos, mas incluir, também, a efetiva e adequada prestação da tutela, no sentido de proteger o direito em disputa, modernamente há a tendência, acertada a nosso ver, de se reconhecer maiores poderes aos magistrados para o pleno atendimento da função jurisdicional do Estado.

O dever-poder geral de cautela viabiliza o exercício pleno da jurisdição, mesmo diante da inexistência de previsão legal específica para tutelar a necessidade do jurisdicionado. Considerando que é dever do Estado prestar tutela jurisdicional, adequada e tempestiva, ao cidadão, não há como negar, nessa linha de raciocínio, o fato de que o dever-poder geral de cautela revela-se instrumento imprescindível à adequação e efetividade da tutela jurisdicional, tal como garante o art. 5º, XXXV, cláusula pétrea da Constituição Federal.

O legislador, naturalmente, não poderia prever todas as situações de perigo em relação a interesses plausíveis. O Estado-juiz, no desempenho da função jurisdicional, depende, pois, de uma tutela de emergência, que possa ser deferida, inclusive de ofício, para assegurar a própria efetividade da jurisdição em situações envolvendo urgência.

O dever-poder geral de cautela, ainda que deixasse de ser uma previsão expressa no CPC (art. 798), subsistiria, porquanto é um instrumento ínsito ao exercício da jurisdição, cujo fundamento decorre da própria Constituição Federal (art. 5º, XXXV).

Inegavelmente, o dever-poder geral de cautela é instrumento essencial ao exercício da jurisdição, pois, revela-se um instrumento que tutela o direito, resguarda o processo e atribui efetividade à jurisdição, tal como quer a Constituição Federal.

6.6 O DEVER-PODER GERAL DE CAUTELA É MAIS DO QUE UMA CAUTELAR INOMINADA

Diante dessas considerações, impende concluir que o dever-poder geral de cautela é um instituto que não se esgota nas cautelares inominadas.

Não se está querendo dizer que o dever-poder geral de cautela não tenha função cautelar. Pelo contrário: o dever-poder geral de cautela até poderia ser visto como fonte e fundamento das cautelares inominadas, mas nelas não se esgota. Há algo a mais no dever-poder geral de cautela.

Como visto, o dever-poder geral de cautela é um instrumento essencial ao exercício da jurisdição, pois permite, em determinados casos, a prática de atos satisfativos (*de ofício*), ainda

que provisórios; em razão da sua instrumentalidade diferenciada (*instrumentalidade material*) que, em determinados casos, relaciona-se com o próprio direito, e não apenas com o processo principal.

O dever-poder geral de cautela exerce a função de norma de fechamento do sistema, haja vista que serve de instrumento para tutelar provisoriamente determinadas situações urgentes que não estejam tipificadas em lei, com a intenção de resguardar o processo e o direito, atendendo-se ao princípio do inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, Constituição Federal) e do verdadeiro Interesse Público.

Como observa Galeno Lacerda, o dever-poder geral de cautela é a mais importante e delicada atribuição confiada à magistratura, pois exige do juiz, chamado a resolver as mais graves e imprevistas dificuldades, uma compreensão vida, um conhecimento profundo do direito e da jurisprudência, ao mesmo tempo que um espírito sagaz e pronto a aprender, de imediato, a solução motivada que se lhe solicite⁴⁷³. Trata-se de instrumento de justiça imediata, embora provisória, da mais alta eficácia, que requer advogados probos e juízes da mais alta dignidade. Quem não corresponder a tais predicados poderá transformar o dever-poder geral de cautela em arma letal de iniquidade.⁴⁷⁴

Enfim, o que se quer destacar é que o dever-poder geral de cautela é uma garantia constitucional e, como tal, tem alcance e extensão que vão além da sua função cautelar residual, comumente reconhecida em contraposição às cautelares nominadas.

⁴⁷³ *Comentários ao Código de Processo Civil...*; p. 74.

⁴⁷⁴ *Ibid.*; p. 146.

7 BIBLIOGRAFIA

ARMELIN, Donaldo. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. Revista de Processo nº. 65, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ASRIN, Patricia Verónica. RODRÍGUEZ, Manuel Esteban. Anticipación de Tutela. *In*: Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, n. 08, Medidas Cautelares. Córdoba, 2004.

ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Duração Razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil. *In*: Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003;

_____. Curso de Direito Administrativo, 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006;

_____. Discrecionalidade e Controle Jurisdicional, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o Problema da “Efetividade” do Processo, *in* Temas de Direito Processual Civil, Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984;

_____. Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente indeterminados *in* Temas de Direito Processual, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1980;

_____. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº. 6, 2000;

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CALAMANDREI, Piero. Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares. Traduzido da edição italiana de 1936 por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. 2ª ed. Traduzido por Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça, Juizados Especiais, Cíveis e a Ação Civil Pública. Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições de Processo Civil. V. 1. Tradução: Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CARPENA, Márcio Louzada. Do Processo Cautelar Moderno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. V. I. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. V. II. São Paulo: Saraiva, 1943.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Medidas Preventivas. 3ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

COUTURE, Eduardo J., Proyecto de Código de Procedimiento Civil. “Impressora Uruguaya” S.A., Distribuidores: Editorial Depalma Buenos Aires, 1945.

CUNHA, Alcides Munhoz da. Comentários ao código de processo civil. V. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. V. I. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. V. II, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. V. III, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. A Reforma da Reforma. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Nova Era do Processo Civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DEU, Teresa Armenta. Las Medidas Cautelares, in Lecciones de Derecho Procesal Civil. Segunda edición. Marcial Pons: 2004.

FERREIRA, William Santos. Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável. Revista de Processo 188, 2010.

FUX, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.

GIANNICO, Maurício. A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. Estudos sobre o Processo Cautelar. São Paulo: Malheiros, 1997.

LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. 4ª ed. V. VIII. Tomo I. Artigos 796 a 812. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

LEONEL, Ricardo de Barros, Tutela Jurisdicional Diferenciada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro. 4ªed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Ativismo Judicial e o Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo 205, ano 37, março 2012.

MANELA, Denise Antún; RICOTINI, Maria Elena. El Proceso Urgente. *In*: Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, n. 08, Medidas Cautelares, Córdoba, 2004

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 10ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. Campinas: Bookseller, 1997.

MENDES, Ferreira Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOSMANN, María Victoria. Tutela Jurisdiccional de Urgencia, *Relatório Nacional (Argentina)*, texto preparado para o I Congresso Argentina-Brasil de Direito Processual, apresentado em São Paulo, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OTEÍZA, Eduardo. Las Tutelas Cautelares Y Anticipadas. *In: Derecho Procesal Contemporáneo, Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo I. Santiago: Thomson Reuters – Puntollex, 2010

PASSOS, J.J. Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. X, Tomo I, Arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PEYRANO, Jorge W.; EGUREN, Maria Carolina. El acceso a la ‘Jurisdicción Oportuna’: Las medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal. Málaga: CEDMA, 2006.

PICÓ I JUNOY, Joan. Tutelas Urgentes Y Cautela Judicial en La Ley de Enjuiciamiento Civil Española. *In: Derecho Procesal Contemporáneo*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 2010

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Quinta edizione, Napoli: Jovene Editore, tradução Carolina Beraldo, 2006;

PRADO, José Pedro Silva. Tutelas Urgentes Y Cautela Judicial En La Legislación Chilena. *In: Derecho Procesal Contemporáneo, Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile/Puntollex, 2010.

RICCI, Edoardo. A evolução da tutela urgente na Itália. *In: Tutelas de urgência e Cautelares*, coord. Donaldo Amerlin. São Paulo: Saraiva, 2010;

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. O Poder Geral de Cautela do Juiz, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

SÁNCHEZ, Primitivo Gutiérrez. La Tutela de Urgencia Y La Cautela Judicial En Bolivia. *In: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile/Puntollex, 2010.

SANCHES, Sydney. Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SANTOS, Mabel de los; CALMON, Petrônio. Informe General sobre Tutelas Urgentes y Cautela Judicial. *In: Derecho Procesal Contemporáneo*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile/Puntollex, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1999.

SCARPINELLA BUENO, CASSIO. O PODER PÚBLICO EM JUÍZO. 5ª ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2009.

_____. A NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA. 2ª ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010.

_____. CURSO SISTEMATIZADO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, TEORIA GERAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL. V. 01, 5ª ED., 2011;

_____. CURSO SISTEMATIZADO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. V. 04. 3ª ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2011.

_____. CURSO SISTEMATIZADO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. V. 05. 3ª ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2011.

_____. PROJETOS DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, COMPARADOS E ANOTADOS. SÃO PAULO: SARAIVA, 2014.

_____. Bases para um Pensamento Contemporâneo do Direito Processual Civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org.). Bases científicas para um renovado direito processual. 2ª ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

SILVA, Carlos Manuel Ferreira da. Tutela provisória no processo civil. In: Problemas Actuales del proceso iberoamericano, Tomo I. Málaga: CEDMA2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Ovídio Baptista da. Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

_____. Do Processo Cautelar. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 18ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito - Leud, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz. Tempo e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria; Tucci, José Rogério Cruz. Constituição de 1988 e Processo, Regramentos e Garantias Constitucionais do Processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os Agravos no CPC Brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*, 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 7ªed., São Paulo: Saraiva, 2009.