



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

MARIANA FERRÁS LEONI

**TUTELA CAUTELAR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
ESPECIALIZAÇÃO – DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

SÃO PAULO

2019



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

MARIANA FERRÁS LEONI

**TUTELA CAUTELAR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
ESPECIALIZAÇÃO – DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.

SÃO PAULO

2019



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

BANCA EXAMINADORA:

SÃO PAULO
2019



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

DEDICATÓRIA:

Dedicatória:

Dedico este trabalho à minha família, que sempre contribuiu muito com a minha bagagem de conhecimento. Eles são responsáveis pela maior herança da minha vida: Meus estudos!

SÃO PAULO

2019



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

AGRADECIMENTO:

A Deus por ter me dado saúde e força para superar todas as dificuldades enfrentadas e conseguir chegar até aqui.

A esta Universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram essa experiência.

À Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, por sua total disponibilidade em compartilhar comigo um pouco de seu conhecimento e por sua dedicação e auxílio para elaboração e entrega deste trabalho.

Ao meu esposo, meu maior incentivador ao longo desses quase dez anos que estamos juntos. Pelo amor, incentivo e força que sempre me deu.

E a todos que direta ou indiretamente foram parte da minha formação, muito obrigada.

SÃO PAULO

2019



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

RESUMO

Este estudo teve o objetivo de analisar o instituto da tutela cautelar, notadamente as inovações na disciplina do instituto com o advento do NCPC. A pesquisa se classifica, quanto ao método de abordagem, em dedutiva e, no que toca o método de procedimento, em descritiva, pautada no levantamento bibliográfico e documental, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, periódicos, dentre outras fontes, elementos que permitam compreender as questões propostas. Com o resultado da pesquisa foi possível concluir que com a entrada em vigor do CPC de 2015, as novas sistemáticas atribuídas às tutelas cautelares objetivam a celeridade do processo, representando economia com custas processuais, e reduzindo o asoerramento do judiciário, pois anteriormente, o que se verificava era o uso indevido de ações cautelares, que sobrecarregavam o judiciário, e quando eram concedidas, garantindo o direito pleiteado, seu beneficiário não dava seguimento à ação principal defendendo seu suposto direito.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil; tutela cautelar; tutela antecipada.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

ABSTRACT

This study aimed to analyze the institute of prudential supervision, notably the innovations in the discipline of the institute with the advent of the NCPC. The research is classified, as regards the method of approach, in deductive and, as far as the method of procedure is concerned, in descriptive, based on the bibliographical and documentary survey, since one searches in doctrine, legislation, articles, periodicals, among other sources, elements understand the proposed questions. With the result of the research, it was possible to conclude that with the entry into force of the CPC of 2015, the new systematics attributed to the precautionary tutelages aim at speeding up the process, representing savings at procedural costs, and reducing judicial overlap, since previously, what it was the misuse of precautionary actions that overloaded the judiciary, and when granted, guaranteeing the right pleaded, its beneficiary did not follow up on the main action defending its alleged right.

Keywords: New Code of Civil Procedure; guardianship; guardianship.

SUMÁRIO



INTRODUÇÃO	9
1 TUTELA CAUTELAR	12
1.1 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS	12
1.2 CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR	15
1.2.1 Da probabilidade do direito e do perigo de dano	15
1.2.2 Da temporariedade e não satisfatividade	19
1.2.3. Da instrumentalidade	22
2 DA TUTELA PROVISÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO: ASPECTOS GERAIS	24
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA TUTELA PROVISÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO	25
2.3 A TUTELA PROVISÓRIA NA ATUALIDADE	25
3 TRATAMENTO JURÍDICO DA TUTELA CAUTELAR NO DIREITO BRASILEIRO	34
3.1 TUTELA CAUTELAR NO CPC DE 1973	34
3.2 TUTELA CAUTELAR NO CPC DE 2015	41
3.3 PRINCIPAIS INOVAÇÕES	43
4 A NATUREZA DA MEDIDA CAUTELAR NO NOVO CPC	47
4.1 PODER GERAL DE CAUTELA NO CPC DE 2015	47
4.2 NATUREZA	53
4.3 DIFERENÇAS ENTRE TUTELA ANTECIPADA E CAUTELAR	58
4.3.1 A Tutela de Urgência e Evidência	59
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro por muitos anos considerou o procedimento ordinário de conhecimento como o instrumento mais hábil a conceder a tutela jurisdicional em virtude da sua cognição aprofundada e rigorosa observância às garantias do devido processo legal. Todas as suas garantias de defesa e plenitude de provas apresentavam o procedimento ordinário como sendo o ideal para alcançar uma sentença de mérito muito próxima à verdade almejada, o que causava segurança ao trânsito em julgado da decisão.

Entretanto, com o passar dos tempos, constatou-se que a ordinariedade nem sempre tem atingido os seus objetivos de pacificação social e concretização do direito material. O processo, em virtude da processualidade excessiva, tendeu a se desvincular de seu objeto: o direito material. Desde então, o processo civil brasileiro, em busca de aperfeiçoamento de suas técnicas, tem passado por um grande movimento, gerando inúmeras reformas legislativas que visam sempre à celeridade e à efetividade processual.

Um dos maiores problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, ao longo dos tempos é a excessiva demora dos provimentos judiciais, que acaba ocasionando inúmeros problemas, pois os jurisdicionados não se sentem seguros com relação à proteção do seu direito.

Para essas hipóteses, o sistema processual serve-se das tutelas de urgência, com o escopo de proporcionar maior agilidade na administração da justiça por parte do magistrado, satisfazendo o direito da parte que clama por uma decisão célere e eficiente.

Como forma de solucionar o problema do tempo do processo, foram desenvolvidos mecanismos processuais tendentes a mitigar, afastar ou prevenir os danos que podem ser ocasionados pela demora na entrega da prestação jurisdicional. Entre esses mecanismos, tem-se, entre outras, a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), a doutrina muito debateu a respeito das semelhanças e diferenças entre esses dois mecanismos, chegando à conclusão de que ambos se diferenciavam em vários aspectos. Porém,

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

apesar das diferenças apontadas pela doutrina, o novo Código de Processo Civil (NCPC) modificou substancialmente o tratamento dado às tutelas cautelar e antecipada, passando a tratar ambas como espécies do que chamou de tutelas provisórias de urgência. Dessa forma, a tutela cautelar, para a qual era destinada todo o Livro III do CPC/1973, intitulado “do processo cautelar”, passou a integrar o Livro V do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), intitulado “da tutela provisória”.

Já no primeiro artigo do Livro V se lê que “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência” (art. 294, caput) e que “a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”. Portanto, com o advento do CPC/2015, a tutela cautelar deixa de ser considerada espécie processual autônoma e passa ser considerada espécie do gênero “tutela provisória de urgência”.

Como se nota, a alteração promovida pelo novo CPC parece reforçar o caráter de provisoriedade da tutela cautelar, equiparando-a à tutela antecipada. Todavia, apesar do tratamento dado pelo novo Código, não se pode ignorar que a provisoriedade da tutela cautelar foi alvo de inúmeros debates doutrinários durante a vigência do CPC/1973.

A análise desses debates, e das conclusões advindas dele, é fundamental para que se compreenda, em primeiro lugar, o acerto ou o equívoco de se considerar a tutela cautelar como uma forma de tutela provisória e, em segundo, para que se possa vislumbrar o alcance e as consequências da escolha feita pelo legislador de 2015.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objetivo analisar o instituto da tutela cautelar, notadamente as inovações na disciplina do instituto com o advento do NCPC.

A pesquisa se classifica, quanto ao método de abordagem, em dedutiva e, no que toca o método de procedimento, em descritiva, pautada no levantamento bibliográfico e documental, pois se buscam na doutrina, legislação, artigos, periódicos, dentre outras fontes, elementos que permitam compreender as questões propostas.

Assim, divide-se o estudo em três capítulos. No primeiro, busca-se contextualizar e conceituar a tutela cautelar, apresentando suas características e



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

analisando, com base na doutrina elaborada durante a vigência do CPC/1973, a provisoriedade, ou não, dos provimentos cautelares.

O segundo capítulo apresenta a disciplina da tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que houve, no Novo Código de Processo Civil, a unificação das tutelas cautelares e antecipada, sendo mister, portanto, averiguar tal questão.

Por sua vez, o terceiro capítulo é destinado a abordar, de modo específico, o tratamento dispensado à tutela cautelar pelo CPC revogado (Lei nº 5.869/1973) e a disciplina estabelecida pelo novo CPC (Lei nº 13.105/2015), destacando-se as principais inovações na disciplina da matéria.

Por fim, no quarto e último capítulo busca-se, a partir do estudo e das conclusões dos dois anteriores, analisar a natureza da medida cautelar no novo Código de Processo Civil, abordando inicialmente o poder geral de cautela, a distinção entre a provisoriedade e a temporariedade da tutela cautelar e, ao final, as implicações do tratamento dispensado pelo novel diploma a tutela cautelar.

1. TUTELA CAUTELAR:

1.1. CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Estado desempenha a função jurisdicional, que é a atividade estatal responsável pela resolução de “conflito de interesses através da constituição de uma relação jurídica de direito público, na qual debatem as partes suas razões, e por fim o Estado-juiz vem a decidir” (GIANULO, 2001, p. 8).

Essa atividade jurisdicional se realiza através do processo de cognição, que é aquele onde se aplica à vontade concreta da lei ao caso litigioso, ou através do processo de execução, pelo qual o Estado torna concreta essa vontade da lei (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 404).

Verifica-se, assim, que, em tese, “conhecer e executar deveria exaurir toda a missão atribuída ao processo, como instrumento de realização da tutela jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 404). Acontece que qualquer que seja a prestação a cargo da jurisdição, o provimento definitivo não pode ser ministrado instantaneamente, como adverte Theodoro Júnior (2005, p. 404), para quem isso pode acabar acarretando:

[...] variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como, por exemplo, a deterioração, o desvio a morte, a alienação etc., que, não obstados, acabam por inutilizar a solução final do processo, em muitos casos.

De fato, é imprescindível a busca de novas modalidades de tutelas, de forma a adequar a proteção jurisdicional à situação de direito substancial (BEDAQUE, 2003, p. 19), já que “os meios tradicionais de solução de controvérsias, principalmente em decorrência da excessiva morosidade do processo, são insuficientes para assegurar pleno restabelecimento do direito lesado ou ameaçado” (BEDAQUE, 2003, p. 215).

Nesse contexto surge a tutela cautelar, destinada “à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 405).

Trata-se de modalidade de tutela de urgência não satisfativa, pois destinada apenas a assegurar a efetividade da tutela do direito que será pretendida em outro processo, onde, efetivamente, será concretizada a prestação da tutela jurisdicional. O pedido (cautelar) tem em conta apenas a assecuração da efetividade do direito que será buscado em outro veículo (BEDAQUE, 2003, p. 141).

Assim, a tutela cautelar tem natureza protetiva de outro provimento. Este é o elemento caracterizador dessa modalidade de tutela: assegurar uma pretensão, sem operar definitivamente a modificação no mundo do direito material. Garante apenas a realização útil da tutela satisfativa final. Seu escopo não é satisfativo, mas assecuratório (BEDAQUE, 2003, p. 141).

Por isso Bedaque (2003, p. 195-196) é incisivo ao afirmar que “as providências cautelares têm por objetivo conferir eficácia à tutela definitiva, de conhecimento ou de execução”, e conclui no sentido de que “não parece que a tutela cautelar atue no mesmo plano da cognitiva e da executiva. Trata-se, na verdade, de uma tutela acessória das outras duas, um instrumento do instrumento”.

Semelhantes são os ensinamentos de Costa (2016, p. 37), que destaca ser a finalidade da tutela cautelar meramente acessória da pretensão assegurada, uma vez que a “medida liminar acautelatória não se estabiliza em hipótese alguma”.

Comunga desse entendimento Fux (1996, p. 19), para quem o legislador observou que o lapso temporal que o processo necessita para o “amadurecimento” desde a manifestação das partes até o provimento final, por vezes, é prejudicial ao objeto do litígio que acaba ficando sujeito a alterações, seja por atos realizados pelas partes ou pela própria natureza do objeto, e que, conseqüentemente, isso pode acarretar em prejuízo ao julgamento final.

Para evitar, portanto, que ocorra qualquer risco ao objeto da lide ou ao próprio provimento final, criou-se a tutela cautelar que “[...] trata-se de mecanismo voltado à preservação de determinada situação fática, evitando que o decurso do tempo venha a prejudicar a solução jurídica e definitiva daquele litígio” (BEDAQUE, 2009, p. 89); e

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

que, conforme Wambier e Talamini (2015, p. 32), poderá ser tanto preparatória (antes da propositura da ação principal) como incidental (durante o trâmite da ação principal).

Para a doutrina clássica a tutela cautelar é instrumento do processo que tem por função dar efetividade à jurisdição e ao processo. Isso decorre da visão de que a jurisdição tem como função dar atuação à vontade da lei. Por isso, tradicionalmente a tutela cautelar é direito do Estado e “se destina a dar efetividade à jurisdição e ao processo” (MARINONI, 2017). E o autor complementa:

Ao afirmar que o fim da jurisdição é atuar a vontade da lei e não dar tutela ao direito material, a doutrina do final do século XIX e início do século XX pretendeu ficar definitivamente distante da teoria que confundiu o direito de ação com o direito material. De modo que a necessidade de estabelecer a autonomia do direito processual e a finalidade pública do processo conduziu ao abandono da ideia de que a jurisdição daria tutela aos direitos. [...] Pretende-se, com isto, demonstrar que a noção clássica de tutela cautelar é tributária do próprio conceito de jurisdição da sua época. Se o escopo de tutela dos direitos é esquecido quando se diz que a jurisdição deve apenas atuar a vontade da lei, é evidente que a doutrina não pode concluir que a função cautelar almeja a tutela de um direito, mas tem que necessariamente admitir – para ser coerente com as suas bases ideológicas e jurídicas – que a tutela cautelar tem como razão de ser apenas a função de atuar o ordenamento jurídico.

Opondo-se a ela, surgiu a teoria que atribui à função cautelar a proteção ao direito material submetido a perigo de dano iminente. Assim, na atualidade, a tutela cautelar “[...] é direito da parte, correlacionada com o próprio direito à tutela do direito. Em razão deste direito, a jurisdição tem o dever de dar tutela cautelar à parte que tem o seu direito à tutela do direito submetido a perigo de dano” (MARINONI, 2017).

Para Marinoni (2017), a tutela cautelar não protege o processo, mas sim o direito material, razão pela qual não pode ser pensada como uma mera técnica processual a outorgar efetividade ao processo. E o autor complementa:

No Estado contemporâneo, a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos. Sem a jurisdição não seria possível garantir as formas de tutela do direito material. Ademais, a ação atípica e abstrata apenas poderá constituir um direito capaz de dar efetividade ao direito material, deixando de ser uma mera proclamação retórica, caso permita ao autor a utilização das técnicas processuais adequadas à obtenção das tutelas prometidas pelo direito material.

Em que pese essa evolução conceitual, a tutela cautelar não satisfaz o direito, mas assegura-o para que, ao final do processo, possa ele ser usufruído. Destefenni (2006, p. 314) assevera que a tutela cautelar tem função conservativa, pois embora ela não adiante, a possibilidade de fruição do bem pretendido, garante que ele não desapareça no curso do processo assegurando a prestação jurisdicional.

Para Silva (2007, p. 37), a tutela cautelar “é uma forma de proteção jurisdicional que, em virtude da situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar a simples aparência do direito posto em estado de risco de dano iminente”. Assim, “com a tutela cautelar concede-se uma providência destinada a conservar uma situação até o provimento final, e tal providência conservativa não coincide com aquela que será outorgada pelo provimento final” (MARINONI, 2017). Caso contrário, coincidissem, não seria uma tutela de natureza cautelar, mas sim satisfativa (antecipada).

Em apertada síntese, pode-se dizer que a tutela cautelar é a “prestação prometida, e devidamente cumprida, cuja característica essencial é a necessidade, premente, de proteção de um direito – dito acautelado – em virtude do risco de dano a ele” (KOEHLER; MIRANDA, 2016, p. 72).

Não há como negar, portanto, que a tutela cautelar possui características que bem a delimitam, a exemplo da acessoriedade, como visto, sendo mister, portanto, abordar as demais, como se passa a expor no próximo item.

1.2 CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR

1.2.1 Da probabilidade do direito e do perigo de dano

A tutela cautelar, tradicionalmente, exige dois pressupostos para a sua concessão, designados pela doutrina por expressões latinas, quais sejam, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, o que, como lembram Wambier e Talamini (2015, p. 57), já era consagrado no Código de Processo Civil de 1973 e se manteve no Novo Código, sendo que a lei agora faz “menção à probabilidade do direito e a o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

O *fumus boni iuris* e a verossimilhança do direito são as duas escalas, os dois níveis de cognição sumária, sendo a verossimilhança do direito mais aprofundado que o *fumus boni iuris*, pois permite que a parte beneficiada usufrua do direito material tutelado desde já com o deferimento da tutela pretendida. Nesse caso, deve o juiz ter mais cuidado ao deferir uma tutela antecipada, eis que, sem dúvida, é mais gravosa para o réu.

Quanto a este requisito, essencial à obtenção da tutela cautelar (*periculum in mora*) diz respeito ao perigo da demora. Serão analisados conjuntamente, considerando ser esta a posição da doutrina majoritária.

Neves (2011, p. 1196) argumenta que a tutela cautelar é concedida mediante cognição sumária, ou seja, é necessária a provável existência do direito material pleiteado. Para tanto, o próprio jurista fundamenta que para sua concessão, bem como concorda parte da doutrina, é importante provar o *fumus boni iuris* para que o magistrado conceda a tutela cautelar.

A tutela cautelar é concedida mediante cognição sumária, diante da mera probabilidade de o direito material existir. Trata-se da exigência do *fumus boni iuris*, que para parcela significativa da doutrina significa que o juiz deve conceder tutela cautelar fundado em juízo de simples verossimilhança ou de probabilidade, não se exigindo um juízo de certeza, típico da tutela definitiva.

Câmara (2008, p. 36) enfatiza que não basta apenas a comprovação do *fumus boni iuris*, e sim, também, do *periculum in mora*, pois se trata de uma tutela de urgência, o que difere do posicionamento de Neves (2011), supramencionado, já que, para ele e parcela da doutrina, basta apenas arguir o *fumus boni iuris* para que o juiz possa conceder a tutela cautelar.

[...] o *fumus boni iuris* não é requisito suficiente para a concessão da medida cautelar. Outro requisito é exigido, e a ele se dá, tradicionalmente, o nome de *periculum in mora* (ou seja, perigo na demora). Isto porque, como sabido, a tutela jurisdicional cautelar é modalidade de tutela de urgência, destinada a proteger a efetividade de um futuro provimento jurisdicional, que está diante da iminência de não alcançar o resultado prático dele esperado (CÂMARA, 2008, p. 36).

Theodoro Junior (2005, p. 551) afirma sem rodeios que para a concessão da tutela cautelar é necessário comprovar o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*,



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

elencando dois itens explicativos distinguindo cada um dos elementos correspondentes aos requisitos para a concessão da respectiva tutela:

Os requisitos para alcançar-se uma providência de natureza cautelar são, basicamente, dois: I – Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurador. II – A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, *fumus boni iuris* (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 551).

Theodoro Junior (2005, p. 551) ensina que é possível a concessão da tutela cautelar, mesmo quando existem incertezas ou imprecisões a respeito do direito arguido, não afasta a parte pleiteante o direito de se obter a tutela cautelar. Todavia só se impede a tutela cautelar mediante ausência do *fumus boni iuris*, este requisito fundamental para assegurar a tutela cautelar.

E o autor ainda pontua:

Incetezas ou imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar. Se, à primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, presente se acha o *fumus boni iuris*, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas preventivas. Somente é de cogitar-se da ausência do *fumus boni iuris* quando, pela aparência exterior da pretensão substancial, se divise a fatal carência de ação ou inevitável rejeição do pedido de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 551).

Alvim (2008, p. 427-428) informa que o magistrado precisa analisar o *periculum in mora* a partir do *fumus boni iuris*, assim, possibilitará o equilíbrio entre as partes, evitando *benesses* a um e *males* a outro, de modo a respeitar o equilíbrio entre os postulantes.

É claramente visível na arguição Alvim (2008, p. 427-428) o entendimento do elo que liga o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*:

[...] *periculum in mora*, o juiz objetivará, com a concessão da cautela, à luz da constatação do *fumus boni iuris* (que deve ter ou virá a ter o seu referencial retratado no processo principal, e, se antecedente à cautelar, deve dela mesma constar), reequilibrar a situação das partes, eis que o requerido tê-la-á injustificadamente desequilibrado, com uma conduta criadora.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Dessa forma, pode-se concluir que o perigo de dano é um dos requisitos da tutela cautelar. Logo, para ver deferida a tutela cautelar, a parte requerente, além de demonstrar a presença do *fumus boni iuris*, deverá mostrar também a existência do *periculum in mora*, ou seja, a possibilidade de ocorrência de algum dano ou prejuízo até a prolação da sentença no processo principal.

Assim é que “toda vez que houver a possibilidade de haver danos a uma das partes, em decorrência da demora no curso do processo principal, haverá *periculum in mora* a justificar a concessão da tutela cautelar” (GONÇALVES, 1999, p. 103).

Segundo Theodoro Júnior (2005, p. 417), o perigo de dano refere-se, “[...] ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido”.

A possibilidade de ocorrência de dano ao direito da parte deverá ser plausível e provável, não havendo, desta forma, a necessidade de um juízo de certeza. Já no fundado receio de dano deverá haver a demonstração efetiva de motivos importantes amparados por fato concreto a fim de restar comprovado o *periculum in mora* (GONÇALVES, 1999, p. 103).

Anote-se, ainda, que o dano temido, para justificar a proteção cautelar, há de ser a um só tempo grave e de difícil reparação, mesmo porque as duas ideias se interpenetram e se completam, posto que para ter-se como realmente grave uma lesão jurídica é preciso que seja irreparável sua consequência, ou pelo menos de difícil reparação (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 417).

Por último, mas não menos importante, é mister registrar que como a demora no desfecho da lide pode prejudicar a parte autora da demanda, com o deferimento da tutela cautelar, é possível que o requerido seja quem experimente a lesão, o prejuízo, tendo a doutrina nesse caso denominado o fenômeno do *periculum in mora* inverso, nas situações de irreversibilidade do provimento antecipado. Esse *periculum in mora* não pode deixar de ser apreciado pelo juiz no momento da decisão de uma medida cautelar. Note-se que, não raras vezes, pode se apresentar muito maior que o risco de lesão invocado pela parte autora. Daí a necessidade de exame criterioso do juiz, cuja apreciação deve ser feita com a razoabilidade e proporcionalidade dos valores em confronto, os bens jurídicos cuja lesão se busca evitar, para não prejudicar

eventual direito da parte ex-adversa, podendo o juiz exigir eficaz contracautela (prestação de caução) em certos casos.

1.2.2. Da temporariedade e não satisfatividade

São ainda características da tutela cautelar a temporariedade e a não satisfatividade, que merecem ser analisadas em conjunto.

As medidas cautelares são temporárias, de modo que persistem enquanto vigente o perigo de dano. Logo, além de temporária, a tutela cautelar é revogável e modificável, de acordo com o contexto fático. É dizer, se desaparece o perigo de dano, cessa a razão de sua subsistência. Se modificada a situação de urgência, pode ser adaptada a medida à situação concreta.

Silva (2007, p. 57), ao tratar da tutela cautelar, de forma bem enfática destaca que essas são temporárias (e não provisórias), uma vez que devem durar enquanto dure o estado de perigo. Contudo, esta questão será melhor analisada oportunamente, dada a importância ao presente estudo.

A temporariedade, no entender de Pereira (2016, p. 270), se deve ao fato de que a “sua duração está atrelada à permanência de seus requisitos autorizadores, e não ao resultado de qualquer ação ‘principal’”.

De fato, a tutela cautelar deve divergir da tutela definitiva, “devendo se limitar a ser uma forma de proteção menor (*minus*), ou algo diferente (*aliud*) em relação à tutela satisfativa correspondente”; e, por ser temporária, não poderá criar “uma situação fática definitiva ou uma situação cujos efeitos sejam irreversíveis” (SILVA, 2007, p. 58).

Essa medida, entretanto, é meramente assecuratória, e não satisfativa, visto que não se destinada a exaurir a tutela dos direitos substanciais, consoante asseguram Silva e Gomes (2000, p. 340), que bem elucidam:

O que individualiza e, particularmente, define a tutela cautelar, como forma de tutela preventiva, é ser ela uma espécie de proteção jurisdicional não-satisfativa do direito cuja existência se alega e para cuja proteção se dispõe da medida cautelar. Daí dizer-se que a proteção cautelar apenas assegura, sem satisfazer o provável direito assegurado.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

No mesmo sentido, Didier Júnior (2010, p. 453) se posiciona, ao destacar que a tutela cautelar é temporária, pois é limitada no tempo e sua eficácia está atrelada à existência do estado de perigo, bem como quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado (ou quando negado).

Cumprindo sua função acautelatória, ela perde sua eficácia e tende a extinguir-se com o provimento definitivo. Por ser temporária não exclui sua definitividade, a qual é “dada com a cognição exauriente de seu objeto (pedido de segurança, fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado) e apta a se tornar imutável” (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 453).

Resta claro, portanto, que a tutela cautelar objetiva somente a conservação de coisas ou pessoas a fim de garantir a eficácia definitiva da tutela final, sem, entretanto, adentrar no mérito da lide, visto que, em razão de urgência do caso, se não for exarado provimento jurisdicional oportuno, poderá restar prejudicada a decisão final e lesionado o direito material de alguma das partes litigantes.

A cautelaridade é, na visão de Wambier e Talamini (2015, p. 58), a essência da atividade cautelar:

Trata-se de hipótese em que, com base na verificação de que há *fumus e periculum*, se preserva a parte do risco de ineficácia do processo principal (de conhecimento ou de execução). Essa preservação ocorre por meio de uma decisão interlocutória que pode ter caráter liminar (i.e., pode ser proferida antes mesmo da citação do réu) ou não.

A preservação, contudo, não pode ser vista como sinônimo de tutela preventiva. Segundo Marinoni (2017), por muito tempo a doutrina não se preocupou em distinguir a tutela cautelar da tutela preventiva, “uma vez que, em virtude de uma visão distorcida da liberdade, não podia admitir que o juiz atuasse sobre a vontade de alguém que ainda não tinha violado um direito ou infringindo uma regra jurídica”.

Não obstante, este pensamento foi superado na medida em que se tomou consciência da necessidade de se impedir, em determinados casos, a violação do direito, superando, por conseguinte, o “dogma da intangibilidade da liberdade do demandado” (MARINONI, 2017).

De fato, e como já dito, a tutela cautelar pressupõe a presença da ameaça de dano. Logo, para que a parte interessada busque a tutela em comento, deve

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

demonstrar não apenas o direito objeto da tutela jurisdicional final, mas também que eventual violação ao direito poderá causar dano iminente no curso do processo.

Apesar disso, lembrando Adolfo Di Majo, Marinoni (2017) destaca a importância de não se confundir a cautelaridade com a função preventiva, ou seja, a tutela cautelar não tem o condão de impedir a violação do direito. E pontua:

O direito liberal clássico – a partir do qual o processo civil foi elaborado –, além de eminentemente patrimonialista, preocupava-se com a rígida delimitação dos poderes de interferência do Estado na esfera jurídica dos particulares. Por esta razão, não houve delimitação de uma tutela genuinamente preventiva (inibitória) e as sentenças e meios executivos não foram moldadas para propiciá-la. Ora, quando a tutela do processo de conhecimento não pode ser preventiva, a tutela que lhe é instrumental, por lógica, evidentemente também não pode. Na verdade, caso se atribuísse natureza preventiva à tutela cautelar, estar-se-ia negando os valores que inspiraram o processo civil liberal e a própria proibição de a jurisdição exercer função preventiva (MARINONI, 2017).

Marinoni (2017) prossegue destacando que para se afastar de vez qualquer confusão entre a cautelaridade e a preventividade é mister “tomar em conta o instituto da condenação para o futuro”, exceção à regra de que a condenação pressupõe a violação de um direito. Por exemplo, primeiro cria-se um título executivo, mas só após o seu inadimplemento é que a parte interessada pode executá-lo.

Para esclarecer a problemática da condenação para o futuro, Marinoni (2017) enfatiza:

O art. 323 do Código de Processo Civil afirma que, “na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las”. Isto significa que o credor pode obter uma condenação que diga respeito não só às prestações que se vencerem depois do ajuizamento da ação, ou seja, no curso do processo, mas também àquelas que vencerem posteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Neste caso, há um inadimplemento em ato e a condenação abarca as prestações futuras, em relação às quais ainda não há qualquer inadimplemento.

Em que pese toda a discussão supra, o que de fato diferencia a tutela preventiva da tutela cautelar é que esta não é satisfativa, nem mesmo dotada de autonomia, como já dito. Aquela, por sua vez, possui tais requisitos, sendo, pois,

exigível, o que não ocorre com a tutela cautelar, que está revestida das características da instrumentalidade e da referibilidade. A tutela preventiva é, pois, satisfativa. Contudo, a problemática da provisoriedade da tutela cautelar, dada a importância ao presente estudo, será melhor abordada oportunamente, no quarto capítulo desta pesquisa.

1.2.3. Da instrumentalidade

A instrumentalidade é também característica do processo cautelar. Fato é que tanto o processo de conhecimento e de execução como o processo cautelar têm a característica da instrumentalidade, posto que o processo é o instrumento de que se vale o Estado para concretizar os seus objetivos, quais sejam, a paz social, o bem comum, etc.

Daí dizer-se, como Calamandrei (*apud* GONÇALVES, 1999, p. 86), que o processo cautelar é o instrumento do instrumento (instrumentalidade ao quadrado, ou em segundo grau). Ou, como Carnelutti (*apud* GONÇALVES, 1999, p. 87) que o processo principal serve à tutela do direito material, enquanto o cautelar serve à tutela do processo.

Wambier e Talamini (2015, p. 57) chamam a atenção para o fato de que não é possível analisar as características das cautelares em separado, citando, como exemplo, a instrumentalidade. E mais adiante os autores lembram que a instrumentalidade está relacionada ao possível pronunciamento final no processo (WAMBIER; TALAMINI, 2015, p. 59).

Marinoni (2017), sobre o requisito em análise, assim observa:

A tutela cautelar é caracterizada pela instrumentalidade, mas em um sentido bastante diferente daquele que lhe foi atribuído pela doutrina clássica. A tutela cautelar não é um instrumento do instrumento, ou seja, um instrumento do processo. A tutela cautelar é um instrumento vocacionado a dar segurança à tutela do direito que se pretende ou que pode vir a ser ambicionada. Exemplificando: o arresto não é instrumento do processo, mas instrumento destinado a garantir a frutuosidade da tutela ressarcitória pelo equivalente



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Em suma, a instrumentalidade da tutela cautelar refere-se ao fato de que as medidas cautelares não possuem um fim próprio, uma vez que busca à concretização da prestação jurisdicional, resguardando o bem ou a prova pretendida.

Anote-se, ainda, que a cautelar também é caracterizada pela referibilidade, embora esta não seja uma questão tratada por muitos estudiosos.

Segundo Costa (2016, p. 37) “consiste na referibilidade da tutela cautelar a um direito subjetivo afirmado, que reclama tutela satisfativa futura e diverso conteúdo distintamente”. Significa dizer que o pedido cautelarmente direcionado ao magistrado, de caráter urgente, deve guardar referibilidade com o pedido principal.

Em suma, como bem observa Marinoni (2017), “a tutela cautelar sempre está referida a uma provável tutela já requerida ou que poderá vir a ser solicitada”, estando esse requisito atrelado à sua não satisfatividade.

2. DA TUTELA PROVISÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO - ASPECTOS GERAIS:

Tutelar (do latim *tueri* = ver, olhar, observar, e figuradamente, velar, vigilar), significa proteger, amparar, defender, assistir. É com este sentido que o verbo e substantivos são utilizados nas expressões tutela jurídica e tutela jurisdicional. Logo, a tutela é a proteção que o Estado deve dar aos direitos, seja mediante normas (tutela normativa), atividades fático-administrativas (tutelas administrativas) ou mediante decisões judiciais (tutela jurisdicional) (MARINONI, 2017, p. 41).

A tutela jurisdicional, que em especial interessa ao presente estudo, é a assistência, o amparo, a defesa e a vigilância que o Estado fornece, através de seus órgãos jurisdicionais, aos indivíduos. “Esse compromisso se constitui um dever estatal, que deve ser cumprido de modo eficaz, sob pena de se consagrar a falência dos padrões de convívio social e do próprio Estado de Direito” (ZAVASCKI, 1997, p. 06).

Ocorre que, em determinadas situações, para a efetividade da prestação jurisdicional, se faz necessário um pronunciamento urgente, ganhando relevo a tutela provisória que, no NCPC se dividem em tutela de urgência e tutela de evidência.

Significa dizer que em razão de imperativos da justiça, há situações que não permitem a realização da cognição exauriente. Assim, “[...] surge a ideia de uma tutela mais rápida, com cognição limitada, que possibilite à parte obter antecipadamente o resultado da atuação jurisdicional”, sem, entretanto, necessitar de um processo longo de cognição exauriente com todas as garantias a ela inerentes (BEDAQUE, 2009, p. 121). Logo, se consagra a tutela provisória, ou seja, a partir de uma cognição sumária o magistrado antecipado um provimento jurisdicional que, em tese, somente seria concedido ao final da tramitação do processo judicial, com observância ao princípio do contraditório e ampla defesa.

A cognição sumária tem por escopo trazer efetividade ao processo naqueles casos em que a realização da cognição exauriente possa acarretar em dano ao direito material; e, conforme assevera Watanabe (2005, p. 131), a cognição sumária terá utilidade, portanto, “[...] em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou para antecipação do provimento final”.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Segundo Zavascki (1997, p. 68) essas tutelas derivam não das tutelas preventivas, que encontram fundamento no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição da República de 1988, mas sim de todo o sistema constitucional que busca uma harmonização entre os direitos fundamentais que formam o devido processo legal, isto é, visam amenizar a colisão entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição.

Sobre o conceito de tutela provisória, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Neves (2016, p. 474):

A tutela provisória é proferida mediante cognição sumária, ou seja, o juiz, ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica. Excepcionalmente, entretanto, essa espécie de tutela poderá ser concedida mediante cognição exauriente, quando o juiz a concede em sentença.

Nesse contexto, a tutela provisória encontra justificativa, primeiramente, na constatação de que aguardar a sentença judicial, ou seja, a pronúncia quanto ao mérito, pode configurar comprometimento da prestação jurisdicional, o que, em determinados casos, é inadmissível, já que cabe ao Estado assegurar a ordem pública e a paz social.

Para Gonçalves (2007, p. 297) a tutela provisória tem por finalidade a satisfação pela parte do direito na sentença, cuja satisfação se encontra tanto na esfera total quanto parcial.

Resta claro, portanto, que a tutela provisória, em linhas gerais, é modalidade de cognição sumária, que busca assegurar a efetividade do Direito.

2.1. ASPECTOS HISTÓRICOS DA TUTELA PROVISÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO

A origem das tutelas provisórias decorreu da evolução da sociedade, o que levou os estudiosos a conceberem uma tutela não definitiva e sumária, que inicialmente era somente de natureza assecuratória.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Reconhecida pela doutrina italiana como uma terceira tutela, ao lado da tutela de conhecimento e da tutela executiva, dotada das características cognitivas e executivas, que tem por fim assegurar a utilidade do provimento jurisdicional final, a tutela provisória ou tutela de urgência, como enfatiza Lamy (2004, p. 113), remete ao Direito Italiano.

Em sentido contrário se encontra Marinoni (1992, p. 26), para quem o instituto da tutela provisória (antecipação da tutela, antecipação dos efeitos da tutela ou antecipação da prestação jurisdicional) encontra suas raízes no Direito Romano, nas medidas acautelatórias por eles utilizadas.

Na mesma esteira são os ensinamentos de Martins (2002, p. 292), que reconhece no Direito Romano medidas acautelatórias que se destinavam a evitar inconvenientes decorrentes da demora do processo de rito ordinário, e apresentava-se como uma espécie de cognição sumária, antecipando a tutela.

Também no Direito Português se encontram registros de acautelatórias ou simplesmente tutela provisória, a exemplo do consagrado nas Ordenações Afonsinas e Filipinas (MARINONI, 1992, p. 97).

Apesar da importância da tutela provisória, o Código de Processo Civil de 1939 não trouxe previsão expressa do instituto, embora dispunha sobre um poder geral de cautela do julgador, em seu art. 675, instituto que, em apertada síntese, assegurava ao juiz a possibilidade de determinar providências acautelatórias sempre que presentes o receio de rixa ou violência entre as partes, quando antes da decisão for provável a ocorrência de lesões, de difícil ou incerta reparação, ao direito de uma das partes, e quando uma das partes não pudesse produzir provas, por não estar na posse de determinada coisa (MARTINS, 2002, p. 292).

No Código de Processo Civil de 1973 o legislador não foi alheio à necessidade de se tutelar medidas acautelatórias, embora nada tenha mencionado, no texto original, nada acerca da tutela antecipada. Contudo, o revogado art. 798 consagrou o poder geral de cautela do juiz, que autorizava o magistrado a “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” (BRASIL, 1973).



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Também são exemplos de medidas que, em sua essência, consiste na antecipação dos efeitos da tutela, ou seja, na concessão de tutela provisória, o previsto no art. 804 do Código de Processo Civil de 1973 e o art. 928, do mesmo diploma legal, dispositivos revogados pelo NCPC, que disciplinavam o deferimento de liminar em ação possessória, determinando o imediato exercício da posse.

Ainda que não tratada sob essa rubrica de tutela provisória, já há muito tempo é consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com a concessão de medidas liminares. Porém, coube à Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou a Lei nº 5.869/1973, ampliar o alcance do instituto, ao dar nova redação ao art. 273 do revogado Código de Processo Civil.

Com o advento da Constituição da República de 1988, instaurou-se um novo paradigma no processo civil brasileiro, em virtude da previsão constitucional de princípios e normas aplicáveis à relação processual. Segundo Bueno (2008, p. 10-11), do disposto no inciso XXXV, art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, denominado pelo autor de “princípio da efetividade da jurisdição”, vários desdobramentos surgem que fundamentam o instituto da tutela antecipada e conduziram à sua disciplina no Código de 1973.

O autor supracitado preconiza que a instituição da tutela antecipada e as alterações introduzidas pela Lei nº 8.825/1994 são fruto do disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, rompendo com a tradicional necessidade de levar a termo um processo para proferir a tutela jurisdicional, dando lugar à tutela antecipada e à tutela cautelar, termos utilizados na vigência do Código de 1973 (BUENO, 2008, p. 24).

Assim, o art. 273 do revogado Código de Processo Civil, trouxe à baila a possibilidade de concessão antecipada aos litigantes em todos os processos de conhecimento, bastando, para tanto, o preenchimento dos requisitos legais elencados no referido dispositivo legal para que o magistrado conceda a antecipação dos efeitos da tutela, sem se fazer necessário, por exemplo, invocar o poder geral de cautela, como outrora ocorria.

Theodoro Júnior (2016b, p. 39) chama a atenção para o fato de que a disciplina da tutela antecipada no Código de 1973 não veio prejudicar o processo cautelar, uma vez que busca aprimorar o sistema preventivo, na busca pela efetividade da justiça.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Tal complementaridade é que contribuiu para confusão entre os conceitos, pois possuem alguns pontos em comum, como leciona Zavascki (1997, p. 17-18), que ao enumerar as semelhanças entre a tutela antecipada e as medidas cautelares afirma que estas se identificam por “[...] desempenhar função constitucional semelhante, qual seja, a de propiciar condições para a convivência harmônica dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição”.

Ademais, os institutos sujeitavam-se à regime processual e procedimental diferente, já que a cautelar era postulada em ação autônoma, disciplinada no Livro do Processo Cautelar, ao passo que a tutela antecipada, via de regra, era requerida incidentalmente, isso na vigência do Código de Processo Civil de 1973, que tratava separadamente a tutela antecipada e a tutela cautelar, como já dito.

Não obstante as discussões que pairavam sobre a tutela de urgência no Código de 1973, não há como negar que a tutela antecipada, em especial, visava a obstar os abusos do réu, desde que presentes os requisitos legais, sendo mister averiguar, brevemente, as formas típicas e atípicas de cautelar no citado diploma.

2.3. A TUTELA PROVISÓRIA NA ATUALIDADE

A primeira questão a ser ressaltada é que o NCPC, elencou em seus arts. 294 a 311, o sistema das tutelas jurisdicionais provisórias, concedidas pelo Poder Judiciário em juízo de cognição sumária, que exigem, necessariamente, confirmação posterior, através de sentença, proferida mediante cognição exauriente.

A tutela de urgência (antecipada e cautelar) exige demonstração de probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300) e são divididas em mais duas subespécies: (1) tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) e (2) tutela provisória de urgência cautelar.

As tutelas provisórias antecipadas e cautelares se distinguem pela função que têm no mundo do direito, servindo a propósitos diferenciados: uma, ao direito material, que é satisfeito, embora de forma não definitiva, com a própria concessão da tutela provisória; e outra, ao direito processual.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Disposta nos arts. 300 a 304 do NCPC, também chamada de tutela do direito mediante cognição sumária, a tutela antecipada é uma tutela satisfativa de cognição sumária que realiza o direito material afirmado pelo autor, ou em outras palavras, dá satisfação ao direito material afirmado, sendo claro de forma provisória. É um direito antecipado, preexistente, que existe antes da sentença de cognição exauriente. Esta técnica de antecipar o direito produz a tutela material ou o efeito jurídico que, a princípio viria apenas no final do processo. Esta tutela não tem a mesma eficácia da sentença, porém permite ao autor concretizar algumas consequências da sentença de mérito (MARINONI, 2017, p. 109-110).

Com o advento do NCPC, não há necessidade de falsear a natureza de tutela satisfativa de cognição sumária, pois a mesma é a pretendida pelo autor e pode ser prestada no início do processo em forma de cognição sumária e confirmada ao final após cognição exauriente. Desta feita, a “[...] tutela satisfativa sumária é sinônimo de tutela antecipada” (MARINONI, 2017, p. 109-110).

Anote-se que o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o enunciado nº 143 que dispõe: “A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

Assim, no novo sistema legal, a antecipação de tutela e as tutelas cautelares devem cumprir os seguintes requisitos: a) probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), que se constituem requisitos para a demonstração ao pedido de concessão de uma proteção urgente do Estado.

Portanto, difere da tutela de urgência satisfativa, também denominada de tutela antecipada de urgência, pois esta destina-se a permitir a imediata realização prática do direito alegado pelo autor. Por isso é adequada em casos nos quais há uma situação iminente de perigo ao próprio direito substancial, não se justificando que o autor aguarde a tramitação do processo, já que há risco de perecimento do direito.

O Novo Código de Processo Civil trouxe, para o título destinado à regulamentação da “tutela provisória”, o instituto da tutela de evidência, consagrando,

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

assim, a uniformização da tutela de urgência e da tutela de evidência, pondo fim à disciplina da tutela antecipada e do processo cautelar em separado, como fez o legislador no Código de 1973.

De acordo com Câmara (2016, p. 293) a tutela de evidência possui natureza satisfativa, que não exige, para a sua concessão, a urgência. Ou seja, é medida não urgente, que busca antecipar o próprio resultado prático do processo, satisfazendo o direito do demandante, ainda que não presente o requisito do *periculum in mora*. É uma técnica de aceleração do resultado do processo, nas hipóteses em que o direito material esteja de fato evidente.

Não destoaria desse entendimento a lição de Neves (2016, p. 544), que bem elucida:

A tutela da evidência, como espécie de tutela provisória diferente da tutela de urgência, recebeu um capítulo próprio no Novo Código de Processo Civil, ainda que contendo apenas um artigo, diferente da realidade presente no CPC/1973, em que essa espécie de tutela estava espalhada pelo diploma legal. A iniciativa deve ser elogiada, principalmente por afastar expressamente a tutela da evidência da tutela de urgência, mas sua concretização deve ser, ainda que parcialmente, criticada.

Considerada o tipo menos famoso, a tutela antecipada com base na evidência não requer a urgência, sendo dispensável a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. São casos em que a antecipação se fundamenta na evidência do direito, combinada ou não com outros fatores que não têm relação com a urgência. Caso o direito subjetivo solicitado pela parte se mostre evidente, ficando caracterizado em algum momento do processo, não tem cabimento adiar a entrega da prestação da tutela jurisdicional, mesmo que restem questões não evidentes a serem analisadas.

Sendo assim, a urgência não é um pressuposto para a obtenção de tutela quando baseada na evidência. Nesses casos, não há exigência da presença do perigo na demora.

Por se fundamentar exclusivamente na evidência do direito, e não no *periculum in mora*, a tutela de evidência é tida como uma tutela provisória. Tal conceito encontra-se no caput do art. 311 do novel diploma, que estabelece que “a tutela da evidência

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

será concedida, independentemente da demonstração de perigo ou dano ou de risco ao resultado do processo” (BRASIL, 2015).

A respeito do tema, valem as considerações de Wambier *et al.* (2015, p. 523):

Tais situações não se confundem, todavia, com aquelas em que é dado ao juiz julgar antecipadamente o mérito (arts. 355 e 356), porquanto na tutela de evidência, diferentemente do julgamento antecipado, a decisão pauta-se em cognição sumária e, portanto, traduz uma decisão revogável e provisória.

A tutela de evidência se encontra prevista no art. 311 do NCP, o qual ressalta que será tal medida concedida, “independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”, quando: a) caracterizado o abuso de direito de defesa, ou manifestado propósito protelatório da parte; b) as alegações puderem ser provadas apenas documentalment, e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; c) se tratar de pedido reipersecutório fundado em contrato de depósito, caso em que o magistrado decretará a ordem de entrega do objeto, sob pena de cominação de multa; d) a petição for instruída com documentos suficientes à comprovação dos fatos constitutivos do direito do autor, e não houver oposição do réu capaz de gerar dúvida razoável (BRASIL, 2015).

Mister ressaltar, nesse ponto, que a tutela de evidência será sempre requerida incidentalmente (ao contrário da tutela de urgência, que pode também ser requerida de forma antecedente):

A tutela da evidência é sempre incidental ao processo em que se tenha formulado o pedido de tutela final, e nos casos previstos nos incisos I e IV do art. 311 só pode ser deferida depois do oferecimento da contestação (o que resulta da óbvia razão segundo a qual só se pode cogitar de abuso do direito de defesa depois que esta tenha sido oferecida, assim como só se pode afirmar que o réu não trouxe provas capazes de gerar dúvida razoável sobre o material probatório produzido pelo autor depois que o demandado tenha tido oportunidade para apresentar as suas alegações e provas). Permite a lei processual, porém, que a tutela da evidência seja deferida, nos casos previstos nos incisos II e III do art. 311, inaudita altera parte (arts. 9º, parágrafo único, II e 311, parágrafo único) (CÂMARA, 2016, p. 127).

Complementa Neves (2016, p. 476) que o legislador excepcionou a regra das tutelas provisórias que, no novel diploma, podem ser requeridas também de forma

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

anterior. Com isso, embora as tutelas de urgência satisfativa e a de evidência se aproximem, segundo o autor, diferenciam-se quanto aos requisitos para a sua concessão.

Destarte, a tutela de evidência reporta-se para aquelas situações em que vão além do *fumus boni juris*. Assim, frente à certeza do direito do autor, o tempo de espera decorrente da técnica de cognição exauriente do procedimento ordinário, se mostra injustificada e prejudicial.

Buscando tornar mais clara a compreensão do instituto, Câmara (2016, p. 194) apresenta como exemplo processos nos quais se discute a responsabilidade civil do fornecedor de produtos, de natureza objetiva, ou seja, onde a culpa é irrelevante, assim como ocorre nos casos em que o réu apresenta defesa que vai de encontro a fatos notórios, ou se funda em lei já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Em tais casos a tutela de evidência é imprescindível, até mesmo para desafogar o Poder Judiciário.

Trata-se, contudo, de importante inovação do legislador, já que o Código de Processo Civil de 1973 não trouxe o tema de forma expressa, como preleciona Machado Júnior (2015, p. 194):

O instituto da tutela da evidência é uma grande inovação técnica para dar celeridade à tutela jurisdicional. O novo Código passa a permitir a proteção de direito evidente no início do processo, mesmo em situações que o Código revogado não previa a possibilidade de antecipação da tutela final, por faltar o requisito da urgência.

O Código de 1973 previa a tutela antecipada sem o requisito da urgência somente nos casos do inciso II e § 6.º do art. 273, quando caracterizado o abuso de direito de defesa, o manifesto propósito protelatório do réu ou quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

O novo Código estabelece a tutela provisória do direito evidente, não apenas nestas hipóteses, mas quando, havendo prova documental, houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em enunciado da súmula vinculante, ou ainda se o pedido for reipersecutório, fundado em contrato de depósito.

Cumprido observar que no Código de Processo Civil de 1973 a evidência do direito era consagrada no § 6º, do revogado art. 273, que autorizava a concessão da



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

tutela antecipada quando “um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso” (BRASIL, 1973). Contudo, a tutela de evidência, propriamente dita, repita-se, não se encontra expressamente disciplinada pelo legislador, de forma específica, como ocorre no novel diploma legal.

Destarte, várias são as inovações quanto à tutela provisória – de urgência e evidência, no NCPC, que não apenas quanto à flexibilização e a previsão de um procedimento específico, que não encontra correspondente no Código de Processo Civil de 1973, o que objetiva principalmente a efetivação da tutela provisória, pois apesar de sua importância é, não raras vezes, no caso em concreto, mitigada.

3. TRATAMENTO JURÍDICO DA TUTELA CAUTELAR NO DIREITO BRASILEIRO:

3.1. TUTELA CAUTELAR NO CPC DE 1973

No que concerne às tutelas de urgência, o processo tem a necessidade de fazer uma análise do caso e da exigência de provas pelas partes. Entretanto, a demora do trâmite processual e o retardo na prestação jurisdicional podem levar à inutilidade do processo e à sua perda de sentido, ou seja, o processo passa a ser um fim em si mesmo.

Na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código Civil, hoje revogado, as chamadas “medidas cautelares” eram concebidas por um processo cautelar, previsto em livro autônomo, ou seja, separado dos demais instrumentos processuais, sendo necessário um processo para concessão da medida.

Sobre a regulamentação da tutela cautelar no Código de 1973, assim leciona Redondo (2016, p. 279-280):

O CPC/1973 regulamentava a tutela de urgência de forma separada, isto é, em locais distintos. A tutela de urgência não satisfativa (“cautelar”) era tratada no Livro III, que regulava o “processo cautelar”, no qual havia disposições sobre o dever-poder geral de cautela, a teoria geral da cautelar, as cautelares inominadas (atípicas) e as cautelares nominadas (típicas) em espécie. Já o Livro 1, que regulava o “processo de conhecimento”, tratava da tutela de urgência satisfativa (“antecipada”) no art. 273 (em sua nova redação conferida pelas Leis 8.952/1994 e 10.444/2002). Dito dispositivo, em verdade, fazia muito mais do que meramente regular a tutela de urgência satisfativa. Além de versar sobre a tutela satisfativa (art. 273, 1), também dispunha sobre a tutela da evidência (art. 273, II) o julgamento imediato parcial de mérito (art. 273, §6º) e a fungibilidade (art. 273, §7º) entre as tutelas de urgência satisfativa (“antecipada”) e não satisfativa (“cautelar”).

Buzaid (1973, p. 12-13), ao analisar a denominação e expressão “processo cautelar” na vigência do Código de 1973, assim leciona:

Ainda quanto à linguagem, cabe nos explicar a denominação do Livro III, empregamos aí a expressão processo cautelar. 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 (17). O projeto, reconhecendo-lhe caráter autônomo, reuniu os vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

para designar a função que exercem. A expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no Livro III, e, pelo vigor e amplitude do seu significado, traduz melhor que qualquer palavra a tutela legal.

O art. 796 daquele diploma previa, expressamente, que o “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente” (BRASIL, 1973), criando interpretação equivocada por alguns autores.

A dependência do processo cautelar é do processo em si. Portanto, o legislador, ao estabelecer o instituto, não estava tratando de uma dependência do direito material, mas do próprio processo. As interpretações voltavam para o sentido de atrelar o processo cautelar ao processo principal, a fim de não perder sua eficácia com a sentença de primeiro grau. Em meio a esse cenário, a única forma para que a decisão cautelar perdesse sua eficácia era a decisão transitada em julgado.

Alfredo Buzaid, criou um processo próprio, com autonomia para as medidas cautelares, por ele denominada de *tertium genus* (terceiro gênero), sendo demonstrado pelo autor na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973: “o processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução” (BUZAID, 1973, p. 17).

Posto isso, entende-se que o legislador do Código de Processo Civil de 1973, tinha como objetivo estabelecer a diferença do processo cautelar do processo de conhecimento e do processo de execução, criando uma terceira categoria.

Apesar da autonomia, a ação cautelar pedia o chamado “referibilidade” a uma ação principal, independentemente se era preventiva ou preparatória. Em vista disso, a ação cautelar possuía um processo próprio, a decisão proferida na ação principal, não deveria implicar na revogação da cautelar anteriormente concedida.

O provimento cautelar, como já visto, é instrumental, porque ele visa justamente garantir o êxito do processo principal, ou seja, o processo cautelar objetivo assegurar a aptidão do processo principal para causar resultados proveitosos para o autor da medida cautelar, na hipótese de este vir a ser vencedor no processo principal. De outro lado, é plausível asseverar a sua independência do processo principal, uma

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

vez que seus atos desenvolvem-se em sequência própria e distinta do que ocorre no processo principal

De início é importante salientar que a tutela antecipada e a tutela cautelar fazem parte de um mesmo ramo de tutelas, qual seja, as chamadas tutelas de urgência.

Segundo Bedaque (2003, p. 177), é mais importante compreender que as duas tutelas exercem a mesma função no sistema e possuem aspectos que as identificam do que pretender diferenciá-las. É interessante que a ciência processual as reúna sob a qualificação de tutelas de urgência.

E de acordo com Tardin (2006, p. 78), independente da medida de urgência a ser tomada, seja conferindo ao autor antecipadamente o próprio bem da vida (tutela antecipatória), seja objetivando garantir a utilidade de outro processo (tutela cautelar), as medidas desempenhadas possuem a mesma função de assegurar um processo qualificado pela efetividade que tenha a capacidade de produzir efeitos práticos.

E por serem medidas de urgência submetem-se ao regime jurídico da modificabilidade e da revogabilidade, sendo oportuno ainda referir que as tutelas cautelares e antecipatórias possuem como característica a provisoriedade e a sumariedade.

Segundo Lopes (2007, p. 49), a tutela antecipada e a tutela cautelar coincidem num ponto, a provisoriedade e a revogabilidade, mas a medida antecipatória dela se afasta por não ter caráter instrumental, não aludindo a outro processo, dito principal.

No Código de Processo Civil de 1973 não há uma sistematização para o regime das tutelas cautelares e das tutelas satisfativas obtidas mediante a técnica da antecipação. E isso ocorre, segundo Rodrigues (2008, p. 660), até por razões históricas, mas de qualquer forma, pode-se lançar mão de uma sistematização, uma vez que as duas medidas de urgência são marcadas pelas características da modificabilidade, temporariedade, fungibilidade e revogabilidade.

A modificabilidade e a revogabilidade da tutela cautelar têm previsão no art. 807, do Código de 1973 e da tutela antecipada no § 4º, do art. 273, do mesmo diploma legal.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Prevê o art. 807, do Código de Processo Civil de 1973 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”. Da mesma forma dispõe o § 4º, do art. 273, do CPC que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

A revogabilidade é uma condição ínsita dos provimentos provisórios, como bem explica Rodrigues (2008, p. 661), para quem a revogabilidade é um resultado inerente aos provimentos provisórios, porque eles serão supridos por um definitivo, e, além disso, o objetivo da tutela de urgência é estagnar o perigo de dano ao processo ou ao direito material, requisito que é bem claro no Código de 1973.

Quanto à provisoriedade, ensina Bedaque (2003, p. 150), que tanto no art. 273 quanto nos arts. 796, 806, 807 e 808 do Código de Processo Civil de 1973, constatam-se a presença das características próprias da tutela cautelar: os provimentos são provisórios e, portanto, inidôneos para regular, definitivamente, a relação de direito substancial controvertido.

Com efeito, a provisoriedade da medida cautelar, sugere que esta terá uma duração limitada, ou seja, a medida cautelar será absorvida ou substituída pela sentença definitiva de mérito proferida no processo principal. O objetivo da decisão de uma ação cautelar não é tornar-se uma decisão de mérito, ou seja, ser confirmada por uma sentença de mérito. Isso porque ela nunca será confirmada, mas sim substituída, como já se disse, pela sentença definitiva do processo principal.

A tutela cautelar era regulada essencialmente no art. 801 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973. Tal regulação diferia-se do procedimento comum, sumário; e não se podia ser confundido com o procedimento comum ou sumário com sumariedade procedimental, como leciona Neves (2011, p. 1196):

O procedimento cautelar não se confundia com o procedimento comum previsto pelo Código de Processo Civil, sendo regulado fundamentalmente pelos arts. 801 e ss. do CPC. Trata-se de espécie diferenciada de procedimento sumário, que não se confunde com o procedimento sumário do processo/fase de conhecimento (arts. 275 e ss. do CPC). A sumariedade procedimental é indispensável porque o procedimento ordinário não se compatibiliza com a urgência típica da tutela cautelar.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Pinho (2009, p. 312) não discute sobre a importância ou não da tutela cautelar, entretanto limita-se apenas a argumentar o que ela é e a suas possíveis aplicações, nos seguintes termos:

O provimento cautelar pode ser requerido de forma autônoma, por meio de um processo cautelar preparatório, ou por via incidental, isto é, no curso do processo principal já iniciado. Tanto numa como noutra, a cognição judicial não será exauriente, mas sumária, já que a decisão será proferida de forma mais expedita por basear-se em “elementos que, embora insuficientes para funda convicção plena, permitam ao órgão judicial um juízo de probabilidade favorável ao autor”.

Completa, ainda, Pinho (2009, p. 361) a concessão da medida na hipótese em que houver urgência: “Nas hipóteses em que a urgência caracterizadora da tutela cautelar manifeste-se de modo particularmente intenso, é possível que a tutela cautelar seja concedida liminarmente.”

Sem embargos, Theodoro Junior (2005, p. 542) sustenta a importância da tutela cautelar, tratando-a com relevância, pois, para ele, a inexistência da tutela cautelar seria impossível pacificar os litígios. Afirma ainda a questão da provisoriedade e subsidiariedade da tutela cautelar, o que não se confunde com definitividade. “A tutela cautelar é integrante da jurisdição, já que sem ela fracassaria em grande parte a missão de pacificar, adequadamente o litígio. [...] a tutela cautelar, diversamente da tutela de mérito, não é definitiva, mas provisória e subsidiária”, questão que será melhor analisada oportunamente.

De fato, no Código de Processo Civil de 1973 as medidas cautelares eram classificadas como não contenciosas, administrativas ou voluntárias e como contenciosas ou jurisdicionais. Nas medidas cautelares não contenciosas não havia controvérsia ou litígio entre as partes, ou seja, eram apenas providências administrativas de juízo cautelar. Era o caso, por exemplo, das vistorias *ad perpetuam rei memoriam* e dos depósitos voluntários de bens litigiosos (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 413).

Quando, porém, o pedido de providência cautelar encontrava resistência do adversário, tinha-se um conflito de interesses a solucionar, mesmo que tal se passasse em âmbito que não se confundisse com o mérito da ação principal, pois se limitava apenas ao plano da prevenção ou segurança como, por exemplo, a disputa, sobre o cabimento ou necessidade (ou não) *in concreto* da medida cautelar requerida.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Deparava-se, então, o juiz com uma verdadeira lide (a lide cautelar), cuja solução havia de ser dada em procedimento necessariamente contencioso, com total resguardo do contraditório, segundo o rito dos arts. 801 a 804 do revogado Código (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 413).

Vale deixar registrado, então, que a distinção entre medidas cautelares contenciosas ou não contenciosas podia ser realizada pela verificação da existência ou não de contestação nos autos do processo cautelar (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 413).

No caso de medidas cautelares contenciosas, as despesas processuais e os honorários advocatícios eram ônus do vencido do processo cautelar. Já no caso de medidas cautelares não contenciosas, o pagamento das despesas processuais ficava sob a incumbência do requerente. Não havia que se falar em verba advocatícia no processo cautelar não contencioso uma vez que não há vencido nem vencedor (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 413).

Anote-se, ainda, que as medidas cautelares podiam ser classificadas em três espécies: a) medidas para assegurar bens; b) medidas para assegurar pessoas; e c) medidas para assegurar provas (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 410).

As medidas cautelares destinadas a assegurar bens eram aquelas utilizadas para garantir o êxito de uma futura ação de execução – é o caso do arresto – e para manter o estado de determinada coisa – é o caso, por exemplo, do arrolamento de bens.

A providência cautelar utilizada para assegurar pessoas eram aquelas medidas “relativas à guarda provisória de pessoas e as destinadas a satisfazer suas necessidades urgentes” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 410).

As medidas cautelares dedicadas a assegurar provas eram utilizadas para coletar provas antes mesmo de se iniciar a fase instrutória do processo principal. Isto ocorria quando havia a impossibilidade de se produzir determinada prova na fase própria da ação de conhecimento ou executiva.

Anote-se, ainda, que o Código de Processo Civil de 1973 dividia as ações cautelares em típicas ou nominadas e atípicas ou inominadas. As ações cautelares típicas ou nominadas eram aquelas expressamente previstas no Código de Processo



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Civil. Pode-se citar, por exemplo, o arresto, o sequestro, a caução, a busca e apreensão, a produção antecipada de provas, alimentos provisionais, o arrolamento de bens, dentre outras.

Como é impossível o legislador prever todas as hipóteses de acontecimentos que necessitam de tutela cautelar, acabou instituindo cautelares atípicas ou inominadas, que, portanto, não estavam expressamente previstas no Código de Processo Civil de 1973.

O poder geral de cautela conferido pelo legislador no art. 798 do Código de Processo Civil de 1973 ao magistrado é que autorizava a concessão de medidas cautelares atípicas ou inominadas. É utilizando esse poder geral de cautela que o magistrado estava autorizado a conceder medidas cautelares que não estivessem previstas no Código de Processo Civil, desde que presentes os requisitos legais.

As ações cautelares também podiam ser classificadas de acordo com o momento de sua propositura. As ações cautelares nomeadas de preparatórias eram aquelas ajuizadas antes mesmo da propositura da ação de conhecimento ou de execução.

Theodoro Júnior (2005, p. 410) afirma, no entanto, a respeito do termo utilizado para referir-se à ação cautelar proposta antes do ajuizamento do processo principal, que melhor seria qualificá-las de antecedentes ou precedentes, porque a expressão 'preparatória' não se harmoniza bem com o conceito da atividade cautelar. A cautela, em essência, não se destinava a preparar o processo principal (mas a assegurar sua eficácia e utilidade) e as medidas realmente preparatórias não eram medidas de segurança, mas sim requisitos ou condições da ação principal, como ocorria com 'o depósito preparatório de ação.

As ações cautelares denominadas de incidentais eram aquelas propostas no curso do processo principal.

As cautelares típicas ou nominadas, ou seja, aquelas expressamente previstas no capítulo II do livro III do Código de Processo Civil de 1973 deviam obedecer ao procedimento especificamente ditado para cada uma delas no referido capítulo. O procedimento era o comum, ou seja, aquele previsto nas disposições gerais do livro III do Código de Processo Civil de 1973.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

O poder geral de cautela, como já apontado, estava previsto no art. 798 do Código de Processo Civil de 1973, que dispunha que, além dos procedimentos cautelares específicos, que aquele Código regulava no Capítulo II deste Livro III, poderia o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houvesse fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Vislumbra-se, assim, que o legislador autorizava tanto o magistrado a conceder medidas cautelares diversas daquelas expressamente previstas no Código de Processo Civil como também permitia que as partes envolvidas pleiteassem a concessão de medidas cautelares inominadas (GONÇALVES, 1999, p. 94).

De acordo com Gonçalves (1999, p. 93), “ao atribuir o poder geral de cautela ao juiz, o legislador processual admite que não é possível prever todas as situações e hipóteses de risco e ameaça ao direito do autor”.

Era possível, ainda, a concessão da tutela cautelar de ofício pelo julgador. A concessão “de medidas cautelares de ofício encontra rigorosas limitações no direito positivo. O art. 797 só as admitia em ‘casos excepcionais’ e desde que ‘expressamente autorizados por lei’” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 419).

Vale deixar registrado que o magistrado somente podia agir se provocado, face à sua inércia. Por esta razão, o juiz somente poderia conceder medidas cautelares de ofício acaso já existisse ação judicial em curso.

Portanto, “esse poder nunca compreende o de abrir um verdadeiro processo cautelar; mas apenas consiste em tomar medidas cautelares avulsas, dentro de outros processos já existentes, em situações adremente reguladas pela lei” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 419).

3.2. TUTELA CAUTELAR NO CPC DE 2015

A tutela de urgência (antecipada e cautelar) exige demonstração de probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300) e são divididas em mais duas subespécies: (1) tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) e (2) tutela provisória de urgência cautelar.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

As tutelas provisórias antecipadas e cautelares se distinguem pela função que têm no mundo do direito, servindo a propósitos diferenciados: uma, ao direito material, que é satisfeito com a própria concessão da tutela provisória; e outra, ao direito processual.

Disposta nos arts. 300 a 304 do Novo Código de Processo Civil, também chamada de tutela do direito mediante cognição sumária, a tutela antecipada é uma tutela satisfativa de cognição sumária que realiza o direito material afirmado pelo autor, ou em outras palavras, dá satisfação ao direito material afirmado, sendo, claro, de forma provisória. É um direito antecipado, preexistente, que existe antes da sentença de cognição exauriente. Esta técnica de antecipar o direito produz a tutela material ou o efeito jurídico que, a princípio viria apenas no final do processo. Esta tutela não tem a mesma eficácia da sentença, porém permite ao autor concretizar algumas consequências da sentença de mérito (MARINONI, 2017, p. 109-110).

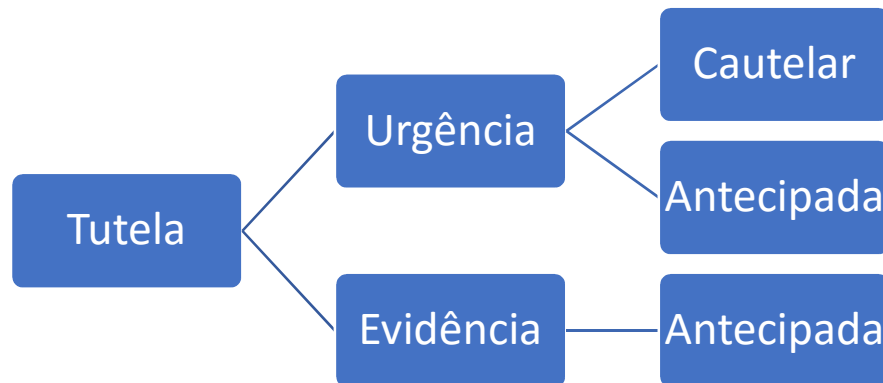
Com o advento do Novo Código de Processo Civil, não há necessidade de falsear a natureza de tutela satisfativa de cognição sumária, pois a mesma é a pretendida pelo autor e pode ser prestada no início do processo em forma de cognição sumária e confirmada ao final após cognição exauriente. Assim, a “[...] tutela satisfativa sumária é sinônimo de tutela antecipada” (MARINONI, 2017, p. 109-110).

Anote-se que o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o enunciado nº 143 que dispõe: “A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

Assim, no novo sistema legal, a antecipação de tutela e as tutelas cautelares devem cumprir os seguintes requisitos: a) probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), que se constituem requisitos para a demonstração ao pedido de concessão de uma proteção urgente do Estado.

Portanto, difere-se da tutela de urgência satisfativa, também denominada de tutela antecipada de urgência, pois esta destina-se a permitir a imediata realização prática do direito alegado pelo autor. Por isso é adequada em casos nos quais há uma

situação iminente de perigo ao próprio direito substancial, não se justificando que o autor aguarde a tramitação do processo, já que há risco de perecimento do direito.



3.3. PRINCIPAIS INOVAÇÕES

Inicialmente cumpre ressaltar que as medidas de urgência (cautelares e satisfativas), já caminhavam para um regime jurídico único, ou seja, para a uniformização/unificação, uma vez que 2002 o legislador, por meio da Lei nº 10.444, acrescentou o § 7º ao art. 273, do Código de Processo Civil de 1973, possibilitando a fungibilidade aos provimentos de urgência.

Da análise do art. 294 do Novo Código de Processo Civil extrai-se que o legislador elencou os três aspectos da antecipação dos efeitos da tutela: quanto à natureza (satisfativa ou cautelar); quanto ao tempo em que poderá ser concedida (anterior ou incidentalmente); e, ainda, quanto ao fundamento (urgência e evidência).

De acordo com Câmara (2016, p. 181), a tutela de urgência, seja cautelar ou satisfativa, é instituto consagrado no novel diploma legal, sendo a tutela cautelar aquela destinada a assegurar futuro resultado útil do processo, “[...] nos casos em que uma situação de perigo ponha em risco sua efetividade”.

O autor, no afã de exemplificar, cita a situação do devedor que, antes de vencida a dívida, busca desfazer-se dos bens passíveis de penhora. Muito embora a alienação dos bens não comprometa a existência do crédito, pode comprometer futuro processo de execução, ou seja, não será possível satisfazer o crédito ante a inexistência de bens do devedor. Há, em tal situação hipotética, situação de perigo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

para a efetividade do processo, sendo necessária a previsão de mecanismos que assegure resultados úteis, a exemplo da tutela provisória cautelar, que embora não satisfaça o direito do credor, protege a capacidade processual de produzir resultados úteis (CÂMARA, 2016, p. 181-182).

Ao lado da tutela de urgência de natureza cautelar tem-se a tutela de urgência de natureza satisfativa, ou tão somente tutela antecipada de urgência, que objetiva a imediata realização do direito alegado pelo demandante, adequada em “[...] casos nos quais se afigure presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial (perigo da morosidade)” (CÂMARA, 2016, p. 182).

Assim, a tutela de urgência, o autor supracitado ressalta que “[...] pode ser cautelar, para assegurar o resultado útil do processo, ou antecipatória, esta idêntica, total ou parcialmente à tutela final pretendida” (MACHADO JÚNIOR, 2015, p. 161).

Sobre a tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Marinoni (2017):

A tutela antecipada, porém, é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização – e não a sua segurança – mediante cognição sumária. Na verdade, a tutela antecipada tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipada é a tutela final, antecipada com base em cognição sumária. [...] A tutela antecipada satisfaz o autor, dando-lhe o que almejou ao propor a ação.

Destarte, houve a uniformização das medidas de urgência, embora com natureza distinta – satisfativa ou cautelar, estando estas fundadas na urgência ou evidência. E o autor, ainda quando da análise do Projeto de Lei nº 166/2010, que culminou no Novo Código de Processo Civil, que o “projeto prevê como gênero a tutela antecipada, e como espécies a tutela antecipada satisfativa e a tutela antecipada cautelar” (MACHADO JÚNIOR, 2015, p. 161).

Outra importante adequação foi a introdução expressa da tutela de evidência. O Novo Código de Processo Civil trouxe, para o título destinado à regulamentação da “tutela provisória”, o instituto da tutela de evidência, consagrando, assim, a uniformização da tutela de urgência e da tutela de evidência, pondo fim à disciplina da tutela antecipada e do processo cautelar em separado, como fez o legislador no

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Código de 1973. Contudo, esta não será abordada de forma pormenorizada, em virtude do objetivo deste estudo.

Segundo Neves (2016, p. 476) o legislador excepcionou a regra das tutelas provisórias que, no novel diploma, podem ser requeridas também de forma antecedente. Desta feita, embora as tutelas de urgência satisfativa e a de evidência se aproximem, segundo o autor, diferenciam-se quanto aos requisitos para a sua concessão.

Destarte, a tutela de evidência reportar-se para aquelas situações em que vão além do *fumus boni juris*. Desta feita, frente à certeza do direito do autor, o tempo de espera decorrente da técnica de cognição exauriente do procedimento ordinário, se mostra injustificada e prejudicial.

Buscando tornar mais clara a compreensão do instituto, Câmara (2016, p. 194) apresenta como exemplo processos nos quais se discute a responsabilidade civil do fornecedor de produtos, de natureza objetiva, ou seja, onde a culpa é irrelevante, assim como ocorre nos casos em que o réu apresenta defesa que vai de encontro a fatos notórios, ou se funda em lei já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Em tais casos a tutela de evidência é imprescindível, até mesmo para desafogar o Poder Judiciário.

Trata-se, contudo, de importante inovação do legislador, já que o Código de Processo Civil de 1973 não trouxe o tema de forma expressa, como preleciona Machado Júnior (2015, p. 194):

O instituto da tutela da evidência é uma grande inovação técnica para dar celeridade à tutela jurisdicional. O novo Código passa a permitir a proteção de direito evidente no início do processo, mesmo em situações que o Código revogado não previa a possibilidade de antecipação da tutela final, por faltar o requisito da urgência.

O Código de 1973 previa a tutela antecipada sem o requisito da urgência somente nos casos do inciso II e § 6.º do art. 273, quando caracterizado o abuso de direito de defesa, o manifesto propósito protelatório do réu ou quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

O novo Código estabelece a tutela provisória do direito evidente, não apenas nestas hipóteses, mas quando, havendo prova documental, houver tese firmada em

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

juízo de julgamento de casos repetitivos ou em enunciado da súmula vinculante, ou ainda se o pedido for reipersecutório, fundado em contrato de depósito.

Cumpra observar que, no Código de Processo Civil de 1973, a evidência do direito era consagrada no § 6º, do revogado art. 273, que autorizava a concessão da tutela antecipada quando “um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso” (BRASIL, 1973). Contudo, a tutela de evidência, propriamente dita, repita-se, não se encontra expressamente disciplinada pelo legislador, de forma específica, como ocorre no novel diploma legal.

De forma bem didática Redondo (2016, p. 280) sintetiza as inovações na disciplina da tutela provisória imprimidas pelo Novo Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

O CPC/2015 trata do tema tutela provisória de forma significativamente diferente, cabendo, neste momento, uma mera enunciação das inovações, sem maiores detalhes por fugirem ao objeto do presente estudo: extinção de Livro especificamente destinado ao "processo cautelar" (não há, no novo Código, qualquer correspondente ao Livro III do CPC/1973); extinção da regulamentação de todas as cautelares nominadas/típicas (em espécie); consagração de cláusula geral de atipicidade das medidas cautelares, resultante da manutenção do dever-poder geral de cautela do juiz (art. 297); unificação do regime da "tutela provisória" (arts. 294 e ss.), que se tornou o gênero de 02 (duas) espécies (tutelas "de urgência" e "da evidência"); unificação do regime da tutela de urgência, com tratamento conjunto das tutelas "antecipada" e "cautelar" (arts. 300 a 310), inclusive no que tange aos seus pressupostos/requisitos e à fungibilidade; criação da tutela antecipada "antecedente" (arts. 303 e 304), com possibilidade de estabilização de seus efeitos; ampliação das hipóteses de tutela "da evidência" (art. 311); criação do julgamento "antecipado" (*rectius*: imediato) parcial de mérito (art. 356), ainda que a sentença seja recorrível por agravo de instrumento (art. 356, §5º), com possibilidade de formação de coisa julgada material e execução definitiva (art. 356, §3º) se não interposto o recurso.

Destarte, várias são as inovações quanto à tutela provisória – de urgência e evidência, no NCPC, que não apenas quanto à flexibilização e a previsão de um procedimento específico, que não encontra correspondente no Código de Processo Civil de 1973, o que objetiva principalmente a efetivação da tutela provisória, pois apesar de sua importância é, não raras vezes, no caso em concreto, mitigada.

4. A NATUREZA DA MEDIDA CAUTELAR NO NOVO CPC:

4.1 PODER GERAL DE CAUTELA NO CPC DE 2015

De acordo com Costa (2016, p. 36-37), o poder geral de cautela é instituto/expressão importada do direito processual italiano, “cuja conotação ia muito além de abarcar a simples cautelaridade”. No Direito Italiano, segundo o autor, o “poder geral de cautela se exercia muito mais pela antecipação de medidas satisfativas do que por meio de medidas conservativas”.

O poder geral de cautela, provém diretamente do direito peninsular que preconizava o instituto das inibitórias.

Seguindo as tendências do direito mundial, adota-se este remédio processual previsto nas grandes codificações europeias de forma semelhante ao *einstweilige verfügungen*, *contempt of Court* e dos *provvedimenti d’urgenza*, procedimentos semelhantes ao poder geral de cautela previstos no Direito Alemão, norte-americano e italiano, respectivamente.

Em 1850 vigorava no Brasil o Regulamento nº 737, que disciplinava processos específicos, a saber, preparatórios, preventivos ou incidentes, aludindo a medidas cautelares nominadas.

O marco inicial do poder geral de cautela em nosso direito, foi o Código de Processo Civil de 1939, que fixou as bases deste instituto, em seu art. 675, que assim dispunha:

Art. 675 – Além dos casos em que a lei expressamente o autorize, o juiz poderá determinar providencias para acautelar o interesse das partes:
I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;
II - quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesão, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes;
III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa (BRASIL, 1939).

Acredita-se que esta enumeração seja apenas exemplificativa e não *numerus clausus*. Naqueles primeiros anos da República o direito, como hoje conhecido, ainda engatinhava de forma que na elaboração deste código não se pensou em todas as

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

hipóteses que poderiam surgir. Ao passar dos anos estas foram evoluindo com a evolução dos pensadores, dos doutrinadores e da própria jurisprudência.

Necessário se fez que uma regulamentação maior acerca do assunto fosse publicada, juntamente com inúmeras mudanças e novas teorias, inspiradas no direito europeu, surgiu então o Código de Processo Civil de 1973, que traçou as linhas atuais deste instituto.

Logo, a tutela cautelar passou a ser tratada com maior propriedade, se comparada àquela de 1939, sendo que seus efeitos a partir de 1973 foram cada vez mais estudados, de forma a proporcionarem uma melhor apreciação pelo judiciário e uma consequente aplicação mais justa deste instituto.

Daquela época para cá já se foram mais de três décadas, por conseguinte, os institutos processuais permanecem vivos até hoje. As peculiaridades do direito já não são mais as mesmas e por isso devem ser adaptadas ao contexto social da época, sem que haja fuga do espírito da lei.

Evidentemente que o legislador não consegue prever todas as possibilidades de proteção cautelar que podem ser originadas nas inúmeras hipóteses e variedades de situações que surgirão na vida real durante o tramite processual.

As tutelas descritas, sejam elas cognitivas ou executivas, na maioria das vezes, não se mostram aptas a conferir a segurança necessária aos interesses tutelados, surge então o poder geral de cautela, como mais um instrumento destinado a responder a esta necessidade de resguardar o resultado útil do processo.

A tutela cautelar, diferentemente da que ocorre com a tutela antecipada, poderá ser deferida de ofício pelo magistrado quando este vislumbrar alguma situação de risco que mereça ser resguardada para assegurar a aplicação do direito. Estabelece o art. 797 do Código de Processo Civil de 1973 que “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes” (BRASIL, 1973).

De uma forma simples pode-se defini-lo como o conhecimento, que é conferido ao magistrado, de criar providências de segurança fora dos casos típicos que já estão elencados no Código de Processo Civil.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Bedaque (2003, p. 45), por sua vez, optou por descrevê-lo como um “meio de assegurar a utilidade da tutela principal que corresponde à possibilidade de se conceder cautelar inominada para situações não tipificadas pelo legislador”.

O poder geral de cautela, no Código de Processo Civil de 1973, se encontrava consagrado no art. 798, que assim dispunha:

Art. 798. 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 que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (BRASIL, 1973).

Vislumbra-se, assim, que o legislador autorizou tanto o magistrado a conceder medidas cautelares diversas daquelas expressamente previstas no Código de Processo Civil como também permitiu que as partes envolvidas pleiteiem a concessão de medidas cautelares inominadas (GONÇALVES, 1999, p. 94).

Desta feita, ao “atribuir o poder geral de cautela ao juiz, o legislador processual admite que não é possível prever todas as situações e hipóteses de risco e ameaça ao direito do autor” (GONÇALVES, 1999, p. 93), objetivando, com a instituição do poder geral de cautela, suprir as lacunas existentes no ordenamento jurídico.

O poder geral de cautela conferido ao magistrado não é caracterizado pela discricionariedade, uma vez que o juiz apenas estará autorizado a conceder medidas cautelares, com espeque no disposto no art. 798 do Código de Processo Civil de 1973, quando verificar que referida medida é imprescindível para afastar dano capaz de comprometer a efetividade do resultado do processo principal (BEDAQUE, 2003, p. 225).

Tem-se, portanto, que o instituto do poder geral de cautela é amplamente utilizado haja vista a impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses de medidas cautelares para proteger determinado direito de danos irreparáveis que eventualmente possam ocorrer no curso do processo.

Versa sobre a permissão concedida pelo Estado-juiz para que possa conceder, as medidas cautelares atípicas, além das que já estão descritas no ordenamento jurídico.

Nesse sentido é a lição de Gonçalves (2014), para quem:

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Ele pressupõe a impossibilidade de o legislador antever todas as situações de risco, que ameaçam os direitos dos contendores. Algumas são mais frequentes e, para elas, o legislador previu medidas cautelares típicas, cujos requisitos são previamente determinados por lei. São aquelas previstas no Capítulo II do Livro III do CPC, que trata do processo cautelar. Mas a lei abriu a possibilidade de o juiz conceder qualquer outra medida cautelar, além daquelas, para proteger o direito das partes. São as cautelares inominadas ou atípicas, não previstas em lei, que podem ser concedidas no exercício do poder geral de cautela. O juiz tem o poder de conceder a tutela de urgência apropriada à proteção dos direitos em litígio, ainda que não prevista em lei.

Essas medidas cautelares atípicas eram concedidas sempre que as medidas típicas, expressamente prevista na ordem processual ou em legislação especial, não garantisse a efetividade do processo.

Câmara (2008, p. 43) destaca a necessidade do poder geral de cautela, demonstrando que este instituto é considerado necessário, tendo em vista o perigo da morosidade processual.

Há entendimento unânime da doutrina brasileira em admitir a concessão de medidas cautelares não específicas quando estiver a frente de uma situação que não se revele adequada qualquer outra medida prevista no ordenamento processual. Este poder, como já dito, no Código de 1973 decorre do disposto no art. 798, que “constitui verdadeira norma em branco, atribuindo ao juiz poderes inéditos de proteção e acautelamento” (GONÇALVES, 2014), possibilitando a concessão de cautelares senão as previstas em lei, valendo-se sempre do critério de oportunidade.

Não obstante, o poder geral de cautela deve ser exercido de forma subsidiária, tendo em vista que o Código de Processo Civil de 2002 determina que havendo cautelar típica que seja adequada ao caso concreto, o juiz não poderá conceder medida cautelar atípica.

Outrossim, o instituto do poder geral de cautela é de extrema relevância, decorrendo da impossibilidade de previsões específicas para garantir a efetividade dos direitos conferidos pela ordem jurídica, contrapondo-se com a segurança jurídica da demanda.

Em sede de poder geral de cautela, não há liberdade na atuação do magistrado, com base em suas convicções e senso de conveniência. Portanto, sendo preenchido os requisitos para concessão da medida, incube ao magistrado conceder

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

a medida atípica, concretizando o poder geral de cautela, garantindo a efetividade processual, sem atentar contra o dever de prestar a tutela jurisdicional adequada.

Neste sentido, cabe trazer uma observação de Câmara (2008, p. 43), onde o autor salienta que o magistrado não possui nenhuma liberdade de escolha da medida cautelar, sob o prisma de dois fatores, quais sejam, a adequação no caso concreto, e o que pode ser traduzido como a necessidade de ser provocado.

O primeiro fator, se justifica na asseguuração da efetividade do processo, e o segundo corrobora com a afirmação de que o poder geral de cautela corresponde um direito genérico à tutela cautelar, e, por conseguinte, cabe à parte pleitear quando lhe parecer adequado.

Imprescindível demonstrar que o poder geral de cautela não inclui à discricionariedade, sendo que deve seguir somente quando houver os requisitos da medida cautelar atípica. Com destaque, a ausência de medida cautelar típica, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, são requisitos autorizadores para concessão da medida.

Ainda, há o limite de que só é possível o exercício do poder geral de cautela quando o cenário fático há exigir. Não estando disposto esse cenário, não há o que se falar em deferimento da medida cautelar. Assinala Greco Filho (2009, p. 173) que “se o poder cautelar é amplo, não é, porém, ilimitado ou arbitrário. Deve manter-se nos estritos termos da essência das medidas cautelares”.

Isto posto, no exercício do poder geral de cautela é vedado ao magistrado conceder medidas que tenha efeito de satisfazer o direito do autor, pois como será abordado de forma específica adiante, a tutela cautelar não tem fim de satisfazer o demandante, estando assim, ultrapassando os limites da tutela cautelar. “A tutela cautelar é espécie de tutela jurisdicional não satisfativa, não se confundindo com as demais formas de tutela sumária (isto é, fundadas em juízo de probabilidade) ” (GRECO FILHO, 2009, p. 173), estando estas equivalentes à tutela antecipada, o que não é cediço da cautelar, pois ela não satisfaz o direito, apenas acautela-o.

Na atual sistemática processual civil, ou seja, com o advento do Novo Código de Processo Civil, segundo Costa (2016, p. 38) não há mais que se falar em poder geral de cautela, já que a expressão mais adequada ao novo regramento é “poder

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

geral de tutela de urgência”. Acrescenta o autor que este não pode ser exercido de ofício, mas mediante requerimento da parte interessada, com a demonstração dos pressupostos comuns às cautelares, mormente o perigo de dano e a proteção da utilidade do processo.

Em sentido contrário leciona Redondo (2016, p. 280), para quem o poder geral de cautela se encontra consagrado, na atual sistemática processual, no art. 297 do Código. É o poder que autoriza o magistrado a conceder cautelares, ainda que não sejam elas típicas.

Também Sampaio Júnior (2016, p. 311) defende que o Novo Código trouxe disposições comuns ao poder geral de cautela, de certa forma tornando menos rígidos os elementos para a concessão da tutela provisória, embora também tenha passado a “exigir expressamente toque meritório do pedido principal para as tutelas cautelares, que é expressamente não razoável pois sob o rótulo do nome liminar ocorre em quase cem por cento dos pedidos”.

Em que pese tal crítica, o autor entende que a atuação do magistrado, de forma sábia, não comprometerá o exercício do poder geral de cautela. E o autor conclui que com fulcro na eficácia da prestação jurisdicional, conduz ao entendimento de que o poder geral de cautela excepcionalmente pode abranger a concessão de ofício de medidas cautelares (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 315).

E ainda acrescenta:

Quanto ao poder geral de cautela, temos o salutar enunciado 31 do FPPC que de modo bem didático e elucidativo nos ensina que tal poder está mantido no CPC, o que não poderia ser diferente, logo o juiz quando agir de ofício nesses casos, com a devida cautela, o faz para que sua atividade seja eficaz tanto no início, no desenvolvimento e principalmente ao final (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 315).

Desta forma, no entender do autor, por estar mantido no Novo Código de Processo civil, o dever geral de cautela autoriza o magistrado a atuar de ofício para a concessão de tutela cautelar, ainda que em procedimentos especiais, não sendo razoável se pensar em limitações a esse permissivo, “sob pena de em casos extremos a própria função da tutela cautelar perder o seu sentido, o que por óbvio é inadmissível” (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 315).

4.2. NATUREZA

Quanto à disciplina das medidas cautelares, o novo Código eliminou o Livro III – Do Processo Cautelar (artigos 796 a 889 do CPC de 1973), redistribuindo algumas medidas cautelares ao longo do Código.

Com isso, foram extintos o procedimento cautelar incidental (artigo 796, 2ª previsão, do CPC de 1973); a figura do apensamento dos autos do procedimento cautelar aos do principal (artigo 809 do CPC de 1973); a possibilidade de concessão de medidas cautelares de ofício pelo juiz (artigo 797 do CPC de 1973); as figuras nominadas do arresto, sequestro, caução, exibição, alimentos provisionais e arrolamento, enquanto procedimentos cautelares específicos (artigos 813 a 845 e 852 a 860, do CPC de 1973); a exigência de prova literal de dívida líquida e certa para a concessão de medida cautelar de arresto (artigo 814, I, do CPC de 1973); a produção antecipada de provas e o atentado, enquanto medidas cautelares (artigos 846 a 851 e 879 a 881, do CPC de 1973); os procedimentos de justificação, dos protestos, notificações e interpelações, homologação do penhor legal e posse em nome de nascituro, como procedimentos cautelares autônomos (artigos 861 a 878 do CPC de 1973); o procedimento do protesto e apreensão de títulos (art. 882 a 887, do CPC de 1973); as medidas provisionais, como medidas cautelares típicas, submetidas ao procedimento cautelar comum (art. 888 do CPC de 1973) (ALVES, 2017).

O novel Código instituiu o regime das tutelas provisórias em livro próprio de número V, que contam com disposições gerais comuns que estão previstas nos artigos 294 a 299; tutela de urgência prevista nos artigos 300 a 310; e tutela de evidência prevista no artigo 311. A leitura destes artigos citados acima, acaba evidenciando a existência de alteração quanto à desnecessidade de requerimento expresso da parte, para que sejam concedidas as denominadas tutelas provisórias (ALVES, 2017).

No processo cautelar se profere decisão provisória (provisoriedade), baseada em aparência de bom direito (*fumus boni iuris*), que não transita em julgado, que é autônoma diante do processo principal, embora com ele guarde relação de instrumentalidade (WAMBIER *et al.*, 2016).

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Além do *periculum in mora*, conforme Bueno (2017), deve o magistrado, ao se deparar com um pedido cautelar, analisar se está presente a aparência de bom direito, comumente chamada na doutrina de *fumus boni juris*. Trata-se, conforme o autor, da probabilidade existente de vir o demandante que deu início à ação cautelar a obter sucesso na ação principal.

Nesse sentido, assim expõe Medeiros Neto: “O *fumus boni juris* é outro pressuposto da tutela cautelar, razão pela qual, quando se pede uma antecipação provisória do resultado final do processo, deve haver uma pretensão provável, como objeto indireto ou imediato do processo cautelar”. E ainda completa, assim sustentando: “[...] sem a exigência do *fumus boni iures*, a medida cautelar poderia produzir efeitos contrários aos que procura evitar, e ser ela própria uma fonte do *periculum in mora*” (MEDEIROS NETO, 2003, p. 371).

Assim consideram-se pressupostos processuais para a propositura de uma ação cautelar o *fumus boni juris*, ou seja, probabilidade da pretensão ser procedente, e o *periculum in mora*, ou seja, perigo de que na demora para a solução do conflito dano irreparável ou de difícil reparação possa advir.

Seguindo no ideal de conceituar o termo processo cautelar, Theodoro Júnior *et al.* (2016, p. 328) fornece lição assim estabelecendo a sua definição: “[...] surge, então, o processo cautelar como uma nova face da jurisdição e como um *tertium genus*, contendo a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução’, e tendo por elemento específico a prevenção”.

Importantes considerações, também, são as trazidas por Acquaviva, que assim sustenta:

A ação cautelar visa a prevenir a eficácia futura do processo principal com o qual se ache relacionada. Na ação cautelar, se pleiteia medida que se afiance a eficácia de um processo distinto. Eminentemente instrumental, garante o exercício de outra ação, de conhecimento ou de execução. Na ação cautelar se constata uma pretensão de natureza pré-processual (ACQUAVIVA, 2004, p. 888).

As ações cautelares são classificadas de acordo com o momento em que são propostas, assim, denomina-se de preparatórias àquelas que são interpostas antes da ação principal e de incidentais, aquelas propostas no decorrer do trâmite da ação

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

principal. As ações cautelares podem ser também típicas (nominadas) ou atípicas (inominadas) (FERST, 2009).

As primeiras são aquelas que estão reguladas no Código de Processo Civil como procedimentos cautelares específicos e as segundas compreendem o poder geral de cautela previsto no Código de Processo Civil (FERST, 2009). Nas palavras de Gonçalves:

Podem ser classificadas quanto ao seu objeto, sendo pessoais quando disserem respeito a pessoas; reais quando seu objeto for relacionado a coisas, podendo dizer respeito a provas. A cautela relacionada a coisas tem como objetivo impedir a transferência, o desvio, o gravame ou a destruição de bens pela parte, afim de que possa se assegurar futura execução, tal como ocorre no arresto, sequestro etc. (GONÇALVES, 2006, p. 259).

Nas medidas cautelares sobre pessoas, o que se procura evitar é o perigo em relação à própria pessoa, à sua segurança e tranquilidade. Tal medida se dá na cautelar de afastamento do lar conjugal, guarda provisória etc., podendo, ainda, ocorrer, de forma satisfativa, em procedimentos urgentes, como se dá nos alimentos provisórios e na busca e apreensão de menores (FERST, 2009).

Já com relação a medida cautelar sobre provas, esta visa assegurar a realização da prova sempre que houver o risco de não se conseguir produzir a referida prova a posteriori, ante o perigo de desaparecimento da mesma, como, por exemplo, vistorias (BUENO, 2017).

As cautelares podem ser típicas ou atípicas; aquelas possuem objetivos e procedimentos especiais definidos no Código de Processo Civil enquanto estas serão buscadas sempre que houver fundada dúvida de que uma parte, antes do julgamento da lide, gere ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. É o poder geral de cautela assegurado ao juiz, de possibilidade de criar providências de segurança que não estejam arroladas no Código (GONÇALVES, 2006).

O poder geral de cautela pressupõe a impossibilidade de o legislador antever todas as situações de risco, que ameaçam os direitos dos contendores. Algumas são mais frequentes e, para elas, o legislador previu medidas cautelares típicas, cujos requisitos são previamente determinados por lei, mas, a lei abriu a possibilidade de o juiz conceder qualquer outra medida cautelar, além daquelas, para proteger o direito das partes (GONÇALVES, 2006, p. 261).

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Embora haja poder discricionário do juiz ao decidir chamadas medidas cautelares atípicas ou inominadas, tem que fazê-lo respeitando a função e pressupostos da ação cautelar. Os requisitos da medida cautelar atípica são similares das medidas cautelares típicas (GONÇALVES, 2006).

O juiz, quando se tratar de medida cautelar inominada, poderá, para coibir o dano, autorizar ou vedar a prática de certos atos, ordenar a guarda judicial de indivíduos e depósito de bens e impor a prestação de caução e tal enumeração é meramente exemplificativa, uma vez que, presente a situação de perigo, pode haver a coibição provisória através de medida cautelar, dentro do poder geral de cautela conferido ao juiz (BUENO, 2017). A esse respeito, Theodoro Júnior et al. entendem que:

Não ser necessário fugir da enumeração da lei para admitir o amplo e irrestrito poder geral de cautela que se atribui ao juiz. Dentro do permissivo genérico utilizado pelo legislador em conceitos elásticos como 'autorizar ou vedar a prática de certos atos', cabe, sem dúvida, uma quase infindável sequência de medidas. Qualquer, porém, que seja a medida atípica, apresentar-se-á sempre como uma 'ordem', um 'comando', ou uma 'injunção' imposta pelo órgão judicial a uma das partes em conflito (THEODORO JUNIOR et al, 2016, p. 556).

O direito ou tutela perquirida, visto como sendo pressuposto para se conceder a tutela cautelar deve estar em perigo, que deve estar baseado em elementos objetivos, racionalmente expostos pela parte. É claro que não basta uma simples ineficácia do provimento jurisdicional final, mas, sim, que direito a ser protegido corra perigo de dano, com a revelação da existência de sua causa (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

A tutela de urgência deve ser requerida pela parte, no entanto, se invocada pela parte, ainda que de forma equivocada, em face do poder geral de cautela, ao magistrado cabe a adequação da medida para que se atenda aos objetivos da prevenção pleiteada, em virtude do poder discricionário que a ele é conferido, porém, o poder geral de cautela encontra limites na legislação, posto que deve sempre estar presente o requisito da necessidade (FERST, 2009).

Ressaltam Theodoro Júnior *et al.* que o poder discricionário do juiz atua em três dimensões:

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

- a) No que se refere à apreciação da verossimilhança das circunstâncias reveladoras do interesse a proteger;
- b) No que concerne ao juízo de possibilidade ou probabilidade de que se verifique o evento danoso e à oportunidade de providenciar a eliminação do perigo;
- c) Relativamente à escolha e determinação da providência que, segundo as circunstâncias, se afigura, no juízo discricionário do julgador, mais idônea para conservar o estado de fato e de direito envolvido na lide (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 557).

Embora seja costume ressaltar a instrumentalidade do processo cautelar, na sua função de tutelar o resultado a ser obtido num processo principal, na verdade, o processo cautelar goza de autonomia no campo da sistemática jurídica, podendo nascer, desenvolver-se e extinguir-se sem que o processo principal venha sequer a ser instaurado (GONÇALVES, 2006).

Nas palavras de Theodoro Júnior *et al.*:

Caso venha a ser julgada procedente uma ação de arresto preventivo e, antes que o credor ajuíze sua ação de execução, venha o devedor (arrestado) a saldar a dívida, caso em que a ação cautelar se extingue por perda de objeto, nesse caso, a ação cautelar terá cumprido o seu objetivo de propiciar ao autor o bem da vida, sem que, no entanto, tenha sido vital valer-se de um processo principal, assim, o conceito 'dependente' (no art. 796, CPC) não é bem adequada para representar a verdadeira instrumentalidade da ação cautelar, pois, não se pode compreender dependência de fato já acontecido a outro fato por acontecer, como ocorre nos casos de medida cautelar antecedente à ação de mérito (THEODORO JUNIOR *et al.*, 2016, p. 559).

A autonomia do processo prospera em prol da lide cautelar, porque, se a medida (*rectius*, ação) cautelar tem o seu próprio objeto, que é a segurança que proporciona ao autor, pode existir independentemente de qualquer outro processo, com o escopo de resolver apenas a lide cautelar (GONÇALVES, 2006).

Na visão de Wambier *et al.*, o processo cautelar é:

O instrumento do instrumento, já que se, de um lado, se pode ratificar que o processo tem caráter instrumental com relação ao direito material, porque há para fazer com que sejam efetivamente cumpridas estas normas, de outro lado, o processo cautelar existe para garantir a eficácia do processo de conhecimento ou da execução, sendo assim, nesse sentido e nessa medida, um instrumento do instrumento (WAMBIER *et al.*, 2016, p. 39).

Considerando-se esta função do processo cautelar, assecuratória da efetividade do processo principal, pode-se dizer que tal processo, embora goze de

autonomia, possui independência relativa, tão apenas processual, posto que acessório do processo principal, cuja eficácia pretende afiançar no processo principal tem-se a satisfação efetiva do direito da parte, na tutela cautelar tem-se garantida a satisfação do direito pleiteado na ação principal (FERST, 2009).

4.3. DIFERENÇAS ENTRE TUTELA ANTECIPADA E CAUTELAR

A convergência das medidas cautelares e antecipatórias em um só gênero, o das medidas de urgência, pode realmente, como quer Dinamarco (2004, p. 55), indicar aspectos da “moderna ciência processual, avessa a conceitualismos” e diferenciá-las seria pós-moderno, poder-se-ia dizer. Frente a parca positivação que se destinou às medidas antecipatórias, apenas a regra do art. 273, com seus incisos e parágrafos, sobretudo, se for comparada aos noventa e quatro artigos destinados às cautelares, procura Cândido Rangel Dinamarco aproximar as medidas a tal ponto que a teoria geral das cautelares pudesse disciplinar, à ausência de atividade legislativa neste sentido, a teoria geral das antecipatórias (DINAMARCO, 2004).

Constatável que antes mesmo de se procurar por uma ampliação dos conteúdos normativos concernentes à disciplina da chamada antecipação de tutela, segundo Leal (2005, p. 144):

Há que se empreender esforço hercúleo para sua correta compreensão, vez que a tutela antecipatória vem calcada em adjetivação hermética, no qual os contornos semântico-jurídicos desafiam argutos decifradores, que se debruçam na confusa legislação processual brasileira.

Ainda que se pretenda optar pela aplicação das regras ditadas para a cautelaridade no âmbito da antecipação da aplicação dos conteúdos da lei, tem-se que, com a acolhida constitucional do devido processo, que não se poderia concretizar pela analogia, como se pode pretender, o que resultaria em um conjunto de aspectos estranhos ao direito democrático (DINAMARCO, 2004).

Silva (2000, p. 16), referindo-se ao que considerou ser a atual questão com a qual se depara a ciência processual, e que ainda está a exigir solução, expõe de forma bastante lúcida que é necessário:

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

Fixar-se a distinção entre os provimentos antecipatórios, de cunho satisfativo e os verdadeiros provimentos cautelares, de modo que se possa controlar o emprego de ambas as categorias, evitando que os primeiros invadam o campo peculiar aos últimos.

Não é por outra razão que Silva (2000, p. 16) se propõe a estudar o que ele denomina de “outras formas de tutela sumária urgente que se utilizam do processo cautelar”, já que assim se torna necessário conceituar o que seja exatamente cautelar, e o que seja, de outro lado, satisfativo, embora se reconhecendo em ambos o signo da urgência.

Leal (2005, p. 278) entende que:

Já através da atividade antecipatória o que se pretende é a prevenção, de modo a se perceber que ‘a antecipatoriedade e cautelaridade não se misturam’, não podem se confundir. Se extrai a vinculação, vital à compreensão da cautelaridade, entre o processo cautelar e a atividade assecuratória, entendida esta como a atividade que se desenvolve no sentido de acautelar, de se assegurar provas, pessoas e coisas.

Com esta definição, supõe-se aberta a possibilidade de que sejam estudados alguns elementos que dão a conjuntura da atividade assecuratória, iniciando-se pela cognição a ser desenvolvida na cautelaridade (LEAL, 2005).

4.3.1. A Tutela de Urgência e Evidência

Substanciado pelo princípio da fungibilidade disseminado na novel abordagem, passa a ser agrupada num mesmo gênero e adotar a ideia do sincretismo processual, assim, prediz o acatamento dessas medidas, seja em modo cautelar, isto é, em natureza satisfativa, assim, Silveira (2016, p. 44) diz que:

A disciplina legal da tutela antecipada foi profundamente alterada no novel Código de Processo Civil de 2015, que se aproximou do direito alemão, fundindo-se as tutelas antecipada e cautelar, que passam a ser denominadas “tutelas provisórias: tutela de urgência e tutela de evidência”, tendo os mesmos requisitos para o seu deferimento, em observância aos princípios constitucionais da efetividade, da razoável duração do processo e da celeridade.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

A tutela provisória, seja de urgência ou da evidência, pode ser obtida por simples provimento, no bojo do próprio processo de conhecimento ou de execução, de ofício ou a requerimento da parte, como acontece, por exemplo, com a exibição de documento ou coisa (art. 396) (SOUZA, 2002). “A tutela por simples procedimento tem como suporte um pedido, qualquer que seja a natureza da medida, inominada (art. 297, *caput*) ou nominada, como é a produção antecipada de provas (arts. 381 a 383)” (SOUZA, 2002, p. 46).

A tutela de urgência, no novel Código de Processo Civil, não mais exige a ação e processo cautelares, distintos da ação e processo principais (de conhecimento ou de execução), pelo que mais adequado seria falar-se, atualmente, em tutela (antecedente) procedimental de urgência e não mais em tutela processual de urgência, no entanto, o novel sistema adotou como instrumento o processo, referido em diversos preceitos do Livro V (v.g., art. 2967, 303, *caput* e § 2º, 305, *caput*, 309, III e 311, *caput*) (ALVIM, 2016).

Dar-se-á a tutela provisória por decisão interlocutória, no curso do processo, ou na sentença, quando a parte requerente não conseguir fornecer ao juiz todos os elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300), a justificar a sua concessão *initio litis*, caso em que ela se dará depois de uma cognição sumária (*summaria cognitio*), ao final do procedimento (SOUZA, 2002).

Será preparatória a tutela, quando imposta por lei, ou convencionada pelas partes, para legitimar a propositura da ação principal, como, por exemplo, nos casos em que a ação de rescisão do contrato só possa ser proposta após a notificação prévia da parte contrária; ou no pedido de exibição de documento ou coisa, nas hipóteses do art. 396. Alvim (2016, p. 20) entende que “na realidade, toda medida preparatória é antecedente, porém, nem toda medida antecedente é preparatória, porque pode também ser incidente”.

“Será antecedente a tutela provisória quando for anterior à propositura da ação principal, sendo conhecida como ‘preventiva’, podendo ser simplesmente facultativa ou necessariamente incidente” (SOUZA, 2002, p. 18).

Souza (2002, p. 18) ressalta que:

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

É antecedente, quando está na vontade do promovente pedir a tutela urgente antes do ajuizamento da ação principal, como, por exemplo, o arresto ou a produção antecipada de prova, e necessariamente antecedente, quando deva ser postulada, obrigatoriamente, antes do ajuizamento da ação principal, como, por exemplo, exibição de documento ou coisa, na hipótese do art. 403. Toda medida cautelar antecedente é uma cautelar de natureza preparatória.

A tutela incidental é aquela que é postulada no bojo de um processo em curso (de cognição ou de execução), podendo ser facultativa, por depender da vontade do promovente, como, por exemplo, a caução, o arresto etc., ou necessária, quando só seja possível no curso de outro processo (ALVIM, 2016).

As tutelas provisórias nominadas englobam aquelas que vêm disciplinadas como um instituto próprio pelo Código, sujeitas a procedimento próprio, sendo identificadas pelo seu *nomen iuris* (denominação legal) como a produção antecipada de prova (arts. 381 a 383) e a ata notarial (art. 384). A tutela inominada é aquela que não ostenta um *nomen iuris* próprio, mas, tem a função de afiançar a utilidade da sentença que vier a ser proferida no processo principal. A tutela preventiva tem o objetivo de dar segurança ao processo principal, antecipando-se e evitando a ocorrência de dano, como, por exemplo, o arresto, o sequestro, a busca e apreensão, o arrolamento de bens, o registro de protesto contra alienação de bem (art. 301) e a produção antecipada de prova (arts. 381 a 383) etc. A tutela repressiva, por seu turno, é aquela que é concedida quando o dano já se faz presente, com o objetivo de fazer com que cesse, repondo, quando possível, a situação no *status quo* ante, como ocorre com a inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso (art. 77, VI), no curso da demanda. A tutela conservadora (ou conservativa) é aquela que tem por finalidade conservar uma situação atual, para evitar modificação, que possa ser ruína para o promovente (SOUZA, 2002). A tutela de evidência é aquela que “pode ser concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 311, casos em que a existência do direito se mostra manifesta” (ALVIM, 2016, p. 24).

Desta forma, a tutela cautelar tem semelhanças com a tutela antecipada, entretanto, a tutela cautelar possui finalidade peculiar. A tutela antecipada tem o objetivo de satisfazer faticamente o direito da parte, garantindo, assim, a utilidade do

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

processo; já a tutela cautelar procura assegurar uma futura satisfação do direito. Pontes de Miranda informa que “a tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir” (PONTES DE MIRANDA, 1974 apud NEJAIM, 2017, p. 1)).

A tutela cautelar tem natureza assecuratória e todo processo tem natureza instrumental, com isso, a doutrina acabou chamando a tutela cautelar de “instrumento do instrumento” ou “instrumento ao quadrado”, conforme Piero Calamandrei (CALAMANDREI, 2000 apud NEJAIM, 2017, p. 1):

Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumentos do instrumento.

No art. 297 do CPC/15 o poder geral de cautela foi mantido, já que prevê: “o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”. No art. 301 determina que “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”. Desta forma, foi pacificado o entendimento doutrinário no Enunciado nº 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “O poder geral de cautela está mantido no CPC” (NEJAIM, 2017, p. 1).

Assim, as medidas cautelares inominadas passaram a constituir a regra geral, mas estão sujeitas a dois limites intransponíveis: a dignidade humana e a impossibilidade de adotar cautelarmente provimento que não poderia ser adotado através de um provimento definitivo (NEJAIM, 2017).

CONCLUSÃO

Conforme destacado ao início, o objetivo geral desse estudo foi analisar as mudanças realizadas pelo Código de Processo Civil de 2015 às medidas cautelares no ordenamento jurídico pátrio.

No atual Estado Democrático de Direito, como restou demonstrado, o acesso à justiça afigura-se como o mais básico dos direitos humanos, restando reconhecido como direito fundamental pela Constituição Federal Brasileira, que o garantiu expressamente em seu texto.

Produto da vertente constitucional do processo, o Estado Brasileiro então assentou o direito de ação, ou direito à prestação jurisdicional, como um de seus princípios basilares, albergando-o como um direito fundamental do cidadão, que passou a ter resguardada a garantia de que lhe será entregue uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, tendo por objeto a satisfação plena de todo e qualquer direito que possa ser objeto de lesão ou ameaça, configurando o que hoje é considerado como o direito à ordem jurídica justa.

Nesse trilhar, a necessidade de adaptação do processo e seus instrumentos tornaram-se necessários para cumprir os escopos do processo, de atender e satisfazer as necessidades do direito material, a ponto de que seus procedimentos foram adaptados e ajustados para que a tutela do direito material se tornasse adequada, não sendo admissível que o jurisdicionado não tenha seu direito protegido ou tutelado por conta de eventual impropriedade no procedimento instituído previamente pelo legislador.

Assim, o rompimento do procedimento único e uniforme preconizado pelo paradigma da ordinariedade tornou-se uma necessidade, clamando então pela instituição de meios processuais destinados a suprir as deficiências que os casos de urgência do direito material necessitam, a fim de quebrar a rigidez do processo de conhecimento e efetivar o direito.

Nesse contexto, o papel atual do Estado, além de prestar tutela jurisdicional, é disponibilizar todos os mecanismos e técnicas adequadas para que seja efetivamente prestada uma efetiva tutela jurisdicional do direito material, pois o processo é



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

instrumento para esse fim, e, para tanto, tornou-se necessária a consecução de procedimentos diferenciados, tendo como característica a sumarização do processo, ou seja, a diferenciação do procedimento eleito por técnicas de supressão e aceleração de atos, quanto mudanças no perfil da cognição, viabilizando decisões rápidas, aportadas em verossimilhança e não somente escoradas no juízo de certeza.

Diante disso, pode-se concluir que, com a entrada em vigor do CPC de 2015, as novas sistemáticas atribuídas às tutelas cautelares objetivam a celeridade do processo, representando economia com custas processuais, e reduzindo o assoberbamento do judiciário, pois anteriormente, o que se verificava era o uso indevido de ações cautelares, que sobrecarregavam o judiciário, e quando eram concedidas, garantindo o direito pleiteado, seu beneficiário não dava seguimento à ação principal defendendo seu suposto direito.

Impõe-se um maior ônus ao réu de defender-se dos pedidos de tutela provisória, principalmente em razão da previsibilidade da estabilidade dos efeitos da tutela, porém cotejando os procedimentos, as inovações conferem maior segurança jurídica às partes.

Para estudos futuros, se mostra importante um aprofundamento na abordagem aqui realizada, de modo a confirmar ou refutar a conclusão obtida nesse estudo.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, M. C. . **Dicionário Básico de Direito**. 5. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004. 289p.;
- ALVES, Vinicius Porto. **A posição das cautelares nominadas no atual CPC e sua concessão**. 2017. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263245,91041-A+posicao+das+cautelares+nominadas+no+atual+CPC+e+sua+concessao;>
- ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil, v. 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009;
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003;
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019;
- BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 22 mar. 2019;
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008;
- BUENO, C. S. **Novo CPC anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017;
- BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1973;
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, v. 3**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008;
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016;

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

- COSTA, Adriano Soares. Morte processual da ação cautelar? COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Grandes temas do Novo CPC**: tutela provisória, v. 6. Salvador: Juspodivm, 2016;
- DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006;
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito provatório, teoria precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. vol. 2. 5. ed. Bahia: Juspodivm, 2010;
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004;
- FERST, Marklea da Cunha. Processo cautelar: direito na prática. Curitiba: Juruá, 2009;
- FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996;
- GIANULO, Wilson. **Processo cautelar e antecipação de tutela**: doutrina, legislação, jurisprudência, modelos. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001;
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006;
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007;
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Processo civil**: processo de execução e cautelar, v. 12. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999;
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. Da tutela provisória: um esboço de conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela de evidência. COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Grandes temas do Novo CPC**: tutela provisória, v. 6. Salvador: Juspodivm, 2016;
- LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**: A redução da Forma na Utilização das Técnicas Cautelar e Antecipatória. Curitiba: Juruá, 2004;
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005;

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

- LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;
- MACHADO JÚNIOR, Dário Ribeiro. **Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Rio de Janeiro: Forense, 2015;
- MARINONI, Luís Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992;
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. 1. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017;
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017;
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Tutela antecipada e tutela específica no Processo do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002;
- MEDEIROS NETO, Elias Marques. **Medidas de Urgência - O necessário sincretismo processual previsto no artigo 273, 7º, do Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/10/59/1059/> ;
- NEJAIM, Eduardo Fontes. A tutela cautelar no novo CPC. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19649&revista_caderno=21;
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011;
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil: volume único**. Salvador: JusPodivm, 2016;
- PEREIRA, Mateus Costa. Tutela provisória de urgência: premissas doutrinárias questionáveis + negligência da historicidade = equívocos legislativos. COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. **Campos. Grandes temas do Novo CPC: tutela provisória**, v. 6. Salvador: Juspodivm, 2016;

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009;
- REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Grandes temas do Novo CPC: tutela provisória**, v. 6. Salvador: Juspodivm, 2016;
- RODRIGUES, Luiz Fernando Afonso. **Tutela de Urgência no Direito de Família**. São Paulo: Quartier Latin, 2008;
- SAMPAIO JUNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência: Sistematização das liminares**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011;
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. vol. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;
- SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;
- SILVEIRA, Artur Barbosa da. **Inovações no processo civil brasileiro: comentários tópicos ao novo Código de Processo Civil**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2016;
- SOUZA, Gelson Amaro de. **Teoria Geral do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002;
- TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: procedimentos especiais**, v. II. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016b;
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar**, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2005;
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**, v. I. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016^a;



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Coordenadoria Geral de Especialização – Especialização em
Direito Processual Civil

- THEODORO JÚNIOR, H.; et al. **Novo CPC** – fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016;
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**, v. 3. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;
- WAMBIER, T. A. A.; et al. **Breves comentários ao Novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;
- WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005;
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais**. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1997.