



www.conteudojuridico.com.br

FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PROCESSUAL
CIVIL

A TUTELA CAUTELAR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Aluno: Carmelita Angelica Lacerda Brito de Oliveira
Orientadora: Tatiana Moreira dos Santos Soubihe L'Astorina

São Paulo
2015



www.conteudojuridico.com.br

CARMELITA ANGELICA LACERDA BRITO DE OLIVEIRA

A TUTELA CAUTELAR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil da Faculdade De Direito Professor Damásio De Jesus. Área de Concentração: Direito Processual Civil
Orientação: Prof^ª. Tatiana Moreira dos Santos
Soubihe L'Astorina

SÃO PAULO-SP

2015



www.conteudojuridico.com.br

CARMELITA ANGELICA LACERDA BRITO DE OLIVEIRA

A TUTELA CAUTELAR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

SÃO PAULO/SP, ____ / _____ / ____ .

Banca Examinadora:

Nome:

Instituição:

Nome:

Instituição:

Nome:

Instituição:



www.conteudojuridico.com.br

Às pessoas mais importantes da minha vida:
Claudio, pelo amor; Carmanoelito e Maria de
Lourdes, meus Pais pelo zelo, carinho que dedicaram;
Teresa e Henrique, meus irmãos, pelo apoio,
compreensão e pela sabedoria com que orientam
minhas decisões.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES E TABELAS

TABELA 1- TUTELA DEFINITIVA.....	14
TABELA 2- TUTELA PROVISÓRIA.....	14
TABELA 3 - QUADRO COMPARATIVO DAS CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR	21
TABELA 4- QUADRO ESQUEMÁTICO DA TUTELA PROVISÓRIA	40

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

CF- Constituição Federal.

CPC – Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

CPC/73– Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

PL- Projeto de Lei Ordinária.

PL do Novo CPC- Projeto de Lei 8046/2010 da Câmara dos Deputados

Novo CPC - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, institui o Código de Processo Civil e revoga a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Art.- artigo.

RESUMO

Esta monografia é o resultado de um estudo sobre as transformações implementadas pela lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) na medida cautelar. Veremos, inicialmente, a justificativa das medidas de urgência no ordenamento jurídico e as suas espécies. Em seguida, serão discutidos a forma como a tutela cautelar se desenvolve no ordenamento vigente, analisando suas classificações, características e seus requisitos principais. Por fim, serão expostas as inovações ocorridas na cautelar e se estas transformações promovem o fim que almejam, sugerindo, a partir daí, perspectivas futuras de novos estudos.

Palavras- Chaves: cautelar, novo código de processo civil, inovações.

ABSTRACT

This monograph is the result of a study on the changes implemented by Law 13,105 / 2015 (New Code of Civil Procedure) in precautionary measure. We will see, initially, the justification of emergency measures in the legal system and its species. Then discussed how the injunctive relief develops legal ruling by analyzing their ratings, features and its main requirements. Finally, innovations occurred in the interim will be exposed and whether these changes promote the end that aims, suggesting thereafter, future prospects for further studies.

Key-words: interim, new Code of Civil Procedure, innovations.

SUMÁRIO

LISTA DE ILUSTRAÇÕES E TABELAS	5
LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES	6
RESUMO.....	7
ABSTRACT	8
SUMÁRIO.....	9
1 INTRODUÇÃO	7
2 TUTELAS DE URGÊNCIA	9
2.1 Breve origem histórica das Tutelas de urgência.....	9
2.2 Justificativa da tutela de urgência na ordem constitucional	10
2.3 Espécies de Tutelas de Urgência	12
3 PROCESSO CAUTELAR	15
3.1 Considerações iniciais: sincretismo processual.....	16
3.2 Conceito.....	19
3.3 Características.....	20
3.3.1 Características do Processo Cautelar para a doutrina instrumentalista tradicional.	

3.3.2	Classificação de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart	23
3.4	Requisitos	26
4	PODER GERAL DE CAUTELA.....	27
5	PROCEDIMENTO CAUTELAR NO CPC/73.....	28
6	TUTELA PROVISÓRIA	32
6.1	Tutela de urgência	33
6.2	Tutela de evidência.....	37
7	INOVAÇÕES NO NOVO CPC.....	39
7.1	Procedimento cautelar no Novo CPC.....	44
7.2	A cautelar e a tutela antecipada na lei 13.105/2015	51
8	CONCLUSÃO.....	54
9	SUGESTÕES PARA TRABALHOS FUTUROS.....	58
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

1 INTRODUÇÃO

A nova sistemática adotada pelo Projeto de Lei 8046/2010 da Câmara dos Deputados (originário do PL 166/2010 do Senado Federal) ou Novo Código de Processo Civil - Novo CPC, traz importantes mudanças no panorama doutrinário processualista civil e no que tange ao “processo cautelar”. As inovações legislativas buscam garantir uma maior efetividade da prestação jurisdicional cautelar através do abandono de formalidades burocráticas e, por meio de um tratamento mais homogêneo com a tutela de antecipada.

No Código Buzaid (Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil – CPC- que está atualmente vigente) houve a inserção (em uma das várias reformas sofridas por este diploma, mais precisamente, as operadas pelas leis nº 8.952, de 13.12.1994 e nº 10.444, de 7.5.2002- que alteraram as disposições do artigo 273, e seus parágrafos, do CPC) da técnica de tutela antecipatória com requisitos distintos dos necessários às cautelares – que já estavam disciplinados originalmente no Livro III do referido diploma legal, com o nítido propósito de tornar autônomos os dois institutos, em franca oposição ao tratamento dado às tutelas de urgência no Código de Processo Civil anterior (Decreto-lei 1.608/39), onde, conforme as lições da doutrina, se “era comum a utilização da ação cautelar inominada como técnica de sumarização do processo de conhecimento ou como forma processual para a obtenção da tutela satisfativa” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel- Código de processo Civil Comentado artigo por artigo. São Paulo; revistas dos Tribunais, 2008, p.741), percebe-se que no CPC de 1939 a tutela antecipada e cautelar era dispostos como um mesmo instituto. Por isso, seguindo a parêmia da volta do pêndulo, a busca pelo equilíbrio orientou o legislador do Novo CPC, que não regulamentou a cautelar da mesma forma que a antecipação, nem os tratou de maneira compartimentada, buscou uma uniformização de institutos, já que ambos são espécies do gênero tutelas de urgências.

Assim, o presente trabalho orienta-se pela premente e relevante tarefa de justificar e definir o novo perfil da prestação jurisdicional cautelar que irá assumir no Novo CPC, buscando averiguar a compatibilização da nova sistemática com o princípio da garantia do devido processo legal.

[Digite texto]

Conforme lembra MARINONI¹, nas Ordenações Afonsinas – vigentes no Brasil colonial até 1521- já havia regulamento sobre algumas medidas cautelares específicas. Ao analisar os ordenamentos que se seguiram: Ordenações Manuelinas, Filipinas, passando pelo Regulamento 737 de 1850, Código de Processo Civil de 1939 (onde surgiu pela primeira vez o poder geral de cautela do juiz- art. 675), chegando ao Código de Processo Civil de 1973 (com as diversas minirreformas pelas quais sofreu) - constata-se uma mudança axiológica e estrutural do instituto da tutela cautelar no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa esteira, se mostra imprescindível o delineamento das novas bases assumidas pela jurisdição cautelar no novo CPC, sobremaneira, analisar as mudanças concernentes ao campo do procedimento, haja vista a grande relevância prática que as profundas alterações introduzidas por tal diploma legislativo faram surgir no cenário jurídico nacional.

¹MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1º ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1992, p. 44.

2 TUTELAS DE URGÊNCIA

2.1 Breve origem histórica das Tutelas de urgência

O antecedente mais remoto das tutelas de urgência se encontra na tutela interdital, desenvolvida na Roma Antiga. Consistia em ordem emitida pelo "*praetor*" romano, a qual impunha certo comportamento a uma pessoa, a pedido de outra, com nítida feição mandamental, ou, promovia atos executórios, como ocorria na "*missio in possessionem*".

Grande semelhança, assim, encontra a tutela interdital romana com a antecipação de tutela, posto que o pretor antecipava a execução ou o mandamento no próprio processo cognitivo, independentemente de processo autônomo, mediante uma ordem liminar, com uma cognição sumária das afirmações do autor, se feitas conforme o édito.

Como antecedente da tutela cautelar, Bedaque² aponta a "*manus iniectio*" e a "*pignoris capio*", respectivamente, relacionadas com confissão de dívida e apossamento de coisa do devedor.

Se revelavam como uma técnica de processo sumário, mais abreviado e voltado para a solução de casos emergenciais, originou-se, assim, a partir dos interditos do antigo direito romano. O Direito canônico, posteriormente ampliou esta utilização, para hipóteses que envolvessem a posse de direitos pessoais, com os interditos possessórios da "*juditia extraordinaria*".

A partir do século XIII, da Espanha à Alemanha, passaram a ser nominados de "*inhibitiones*", entendidos como ordens judiciais liminares com a finalidade de tutela do interesse reclamado ("*mandatum*").

Esses mandamentos foram desenvolvidos na Alemanha com a possibilidade de serem expedidos com ou sem cláusula justificativa, os primórdios das noções a respeito de "*periculum in mora*" e "*fumus boni iuris*", vindo a se constituir no fundamento principal das atuais medidas cautelares, e do próprio mandado de segurança.

A fórmula interdital romana se deve, principalmente, ao surgimento de novas relações jurídicas, originadas das novas modalidades de conflitos de interesses, especialmente

² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31.

mercantis, e pela urgência de suprimento de recentes peculiaridades do direito substancial, como o surgimento dos títulos executivos.

Nesse panorama, podem ser indicados como antecedentes da tutela cautelar, já se assemelhando às liminares atuais, com conteúdo de ordem de tutela provisória. Se distanciam, todavia, da tutela antecipatória, pelo fato de, ao contrário desta, os interditos implicarem na satisfação definitiva da pretensão material.

Não obstante, o embrião das medidas cautelares remota à Lei das XII Tábuas, pois nesta lei há a consagração do que se considera a primeira expressão de tutela cautelar, através de dois meios preparatórios de uma execução forçada com caráter tipicamente privado, a figura do *addictus* e a figura do *nexus*.

Mais recentemente, tem-se a chamada *jurisdiction des référés* (jurisdição de urgência) com berço no direito Francês. Consistia em um meio excepcional, dirigido ao Presidente do Tribunal, propriamente de urgência e que tinha como finalidade resolver as dificuldades da execução de forma sumária, provisória e com rapidez. Era regulado pelo antigo Código de Processo Civil francês, bem como, ainda se encontra presente no atual Código de Processo Civil francês, que entrou em vigor a partir de janeiro de 1976, no seu art. 484.

Muita semelhança guarda o instituto com o exercício do juiz de um poder geral de cautela, mais amplo, é verdade, e de tudo vinculado ao juízo de mérito. Este instituto goza de larga aceitação, não só no direito francês, como nas legislações europeias.

2.2 Justificativa da tutela de urgência na ordem constitucional

Com vista a dar concretude ao princípio da Duração Razoável do Processo, uma das expressões da cláusula geral do Devido Processo Legal, consagrada no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal-CF, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, as tutelas de urgência buscam a entrega de prestação jurisdicional tem tempo hábil, nos dizeres de Misael Montenegro (MONTENEGRO, Misael, Filho. Curso de direito processual civil, vol. 3- 6º ed.- São Paulo: Atlas, 2010, p.8) “um processo de resultados”, onde o fim prevaleça sobre o meio, com uma conseqüente desburocratização do processo e abandono das formas inúteis.

Nessa esteira o legislador do Código vigente concebeu como tutela de urgência, primeiramente, as medidas cautelares, inseridas no ordenamento jurídico através do Livro III do Código de Processo Civil- CPC – lei 5.869/73.

Em 1994, ocorreu a reforma processual que alterou o artigo 273 do CPC, inserindo no sistema processual pátrio o instituto da antecipação da tutela, consolidada posteriormente com o advento da Lei Nº 8.952, datada de 13 de dezembro de 1994.

Desse modo, as tutelas de urgência - um gênero que se divide em antecipação de tutela, liminar e cautelar – são adequadas às situações em que o autor não pode conviver com a demora do processo, sob o risco de prejuízo grave ou de difícil reparação, justificando uma providência jurisdicional acautelatória ou satisfativa.

Como demonstra Marinoni, a preocupação que assolou os processualistas nos anos 90 (noventa) do século passado foi a busca pela efetividade do processo, contudo, tal ideal está diretamente ligada a questão da celeridade processual, pois a morosidade estrangula os canais de acesso à tutela jurisdicional, não é outro o entendimento de Donald Armelin, *apud* Marinoni:

“a efetividade do processo está umbilicalmente vinculada à sua rapidez e celeridade em propiciar uma prestação de tutela jurisdicional eficaz. A morosidade nessa prestação sempre foi uma questão a desafiar a argúcia e o talento dos cientistas do processo e dos legisladores” (MARINONI, Luiz Guilherme, Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1º ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1992, p. 11).

De fato, assiste razão ao mencionado autor, pois, a efetividade do processo está umbilicalmente ligada à noção de duração razoável, passando a compor o próprio conceito de justiça.

Assim, lembra Rui Barbosa quando discursava para seus afilhados, os bacharelados de 1920 da Faculdade de São Paulo, como paraninfo da turma, lhes advertia no famoso discurso intitulado ‘Oração aos moços’:

“[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juizes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em

cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente” (BARBOSA, Rui. Oração aos moços; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 40).

O renomado jurista quer ressaltar que o arrastado lapso temporal para que seja proferida uma tutela jurisdicional perpetua a injustiça originária da lide, e terá malefícios com efeitos perpétuos, posto que a decisão judicial tardia não poderá cessar a procrastinação.

Em síntese, a morosidade processual constitui uma falta de tutela jurisdicional, e representa própria injustiça.

A tutela de urgência, nesse panorama, assume dimensão que desafia uma tentativa de reestruturação do processo. Com uma cognição sumária, lastreada na verossimilhança ou *fumus boni iuris*, buscando evitar graves danos àqueles que necessitam socorrer-se ao Estado-Juiz e garantir as partes envolvidas o justo esclarecimento e solução para as divergências apresentadas.

2.3 Espécies de Tutelas de Urgência

DIDIER³ traz uma classificação de vanguarda ao distinguir a tutela definitiva da tutela provisória. Ensina o ilustre autor que:

“A tutela definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada material. Prestigia, sobretudo, o valor segurança jurídica.

A tutela definitiva pode ser satisfativa ou não.

³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil - v.2 – 9ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014, p.459 a 464.

A tutela definitiva satisfativa é aquela que visa certificar e/ou efetivar o direito material discutido. Predis põe-se à satisfação de um direito material com a entrega do bem da vida almejado.

(...)

(A tutela não-satisfativa) Particulariza-se e distingue-se das demais modalidades de tutela definitiva por ser instrumental e temporária.

(...)

A tutela provisória é aquela que dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar [não satisfativa], permitindo a sua pronta fruição. E, por ser provisória, será necessariamente substituída por uma tutela definitiva- que a confirme, revogue ou modifique.

É marcada por duas características essenciais: sumariedade da cognição e a precariedade.

Identifica-se por ser fundada em uma cognição sumária, em uma análise superficial do objeto da causa, que conduz o magistrado a um juízo de probabilidade.

Particulariza-se, ainda, por sua precariedade, já que pode ser renovada ou modificada a qualquer tempo.

(...)

A tutela provisória, por excelência, é a tutela antecipada. É aquela que antecipa os efeitos da tutela, isto é, a satisfação ou a cautela do direito afirmado, (...).”

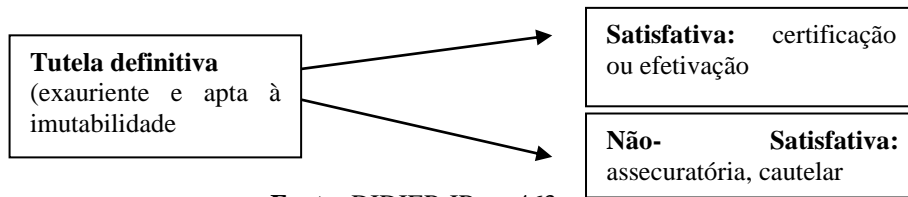
A classificação leva em consideração a conjugação entre técnica processual e a duração da tutela prestada.

Pode causar embaraço a distinção entre a tutela definitiva não satisfativa (cautelar) e a provisória (tutela antecipada). Cumpre esclarecer que a tutela temporária, por sua vez, é a tutela que futuramente será substituída por outra de natureza diversa. Tem como finalidade durar apenas por certo tempo, até que uma tutela de outra natureza seja prestada. Seus efeitos não se perpetuam.

Assim, embora ambas as tutelas tenham em comum a eficácia por um breve espaço de tempo, se distinguem quanto a natureza da decisão que irá substituí-las: se da mesma da anterior é provisória; se distinta é temporária.

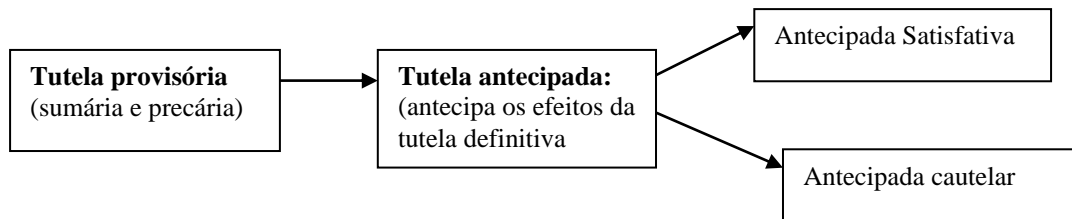
O autor sistematiza suas conclusões em duas tabelas abaixo colacionadas:

Tabela 1- Tutela definitiva



Fonte: DIDIER JR, p.463.

Tabela 2- Tutela provisória



Fonte: DIDIER JR, p.464.

Da construção conceitual se depreende que o possível comprometimento da prestação jurisdicional de uma tutela definitiva satisfativa, ocasionado pela demora processual, justifica uma tutela específica, apropriada ao direito discutido, e que possua resposta imediata.

Avançando, atribui as tutelas de as tutelas de urgência - gênero que compreende duas espécies: antecipação de tutela e medida cautelar - características inovadoras: a definitividade da cautelar e provisoriedade da antecipação.

MARINONI reconhece, além de outros, como valor fundamente das medidas de urgência “o direito à adequada cognição da lide” (MARINONI, Luiz Guilherme, Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1º ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1992, p. 124), em obediência ao Princípio Processual Civil da Adequação, corolário da cláusula geral do devido processo legal (art. 5º, LVI, da CF).

Assim se dá o aparecimento das tutelas de urgência, procedimentos de ritos especiais, mais ágeis e aptos a antecipar ou conservar, o objeto da ação até a decisão final da lide.

Atualmente, o processo cautelar está contido nos artigos. 796 a 889 do CPC, com 14 (quatorze) procedimentos especiais. De acordo com a maioria da doutrina, possui cunho assecuratório com a função de resguardar o efeito útil do direito material discutido em outro processo, busca neutralizar os efeitos indesejados do decurso do tempo, caracterizando-se por

sua instrumentalidade e provisoriedade, entretanto, há quem defenda a possibilidade da cautelar assumir caráter satisfativo⁴.

A tutela provisória que concede eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar) se denomina de tutela antecipada ou antecipação dos efeitos da tutela definitiva, possuindo traços distintivos como: cognição sumária e a precariedade da decisão. A antecipação dos efeitos da tutela, incluída no processo de conhecimento pela lei 8.952/94, representou uma importante novidade em nosso sistema processual, já que permite que o autor tenha seu pedido atendido de forma parcial ou integral antes do julgamento definitivo da lide, proporcionando a fruição imediata do direito que será objeto da tutela definitiva pretendida. Com isso, a parte não terá mais que aguardar uma cognição exauriente (cautelar ou satisfativa) para ter o gozo dos efeitos da sentença, evitando o risco da inefetividade do provimento jurisdicional, e afastando os males das delongas processuais. Tais tutelas se identificam por possuírem a mesma finalidade: abrandar os efeitos perniciosos do tempo. Contudo, possuem naturezas distintas. Enquanto a antecipação dos efeitos da tutela é uma técnica processual com decisão provisória (sumária e precária), a cautelar é uma espécie de tutela jurisdicional com decisão definitiva, mas de efeitos temporários.

DIDIER⁵ traz ainda outros traços distintivos: a) a tutela antecipada dá eficácia imediata à tutela definitiva (seja ela satisfativa ou não satisfativa); b) a cautelar assegura a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa. Com isso o autor demonstra que a tutela antecipada pode ocorrer no bojo de uma lide cautelar, sem, contudo, confundir-se com esta.

3 PROCESSO CAUTELAR

Há doutrina que traça distinção entre os termos:

- a) Ação Cautelar: poder de pleitear do Estado-juiz a prestação da tutela jurisdicional cautelar. Vertente do direito público subjetivo de ação;

⁴ À exemplo da doutrina de BUENO e OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA. O tema que será aprofundado no capítulo 3, na seção 3.3.2, item *e*, deste trabalho.

⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil - v.2 – 9ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014, p.467.

- b) Medida Cautelar: provimento judicial de natureza cautelar capaz de assegurar a efetividade de uma futura atuação jurisdicional. É o ato do julgador em uma decisão interlocutória ou em uma sentença. As medidas cautelares se encontram no processo cautelar, no entanto o sistema processual permite que, dentro do processo de conhecimento ou do processo de execução, o Juiz tome medidas cautelares incidentais, por exemplo, quando o Juiz, no processo de execução, mandar prestar caução.
- c) Processo cautelar: natureza da tutela que se busca com o provimento. Um *tertium genus*, que contém funções do processo de conhecimento e de execução e tendo por elemento específico a prevenção; e
- d) Procedimento cautelar: forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto;

Todavia, majoritariamente, utiliza-se de várias designações para se referir à tutela jurisdicional que possui fim assecuratório: providência ou provimento cautelar, tutela cautelar, medida cautelar, processo, ação ou sentença cautelar.

Conforme salienta BUENO, “a nomenclatura ‘tutela cautelar’ é, dentre as opções possíveis, a preferível por enfatizar o que hoje deve ser a tônica dos estudos mais recentes do direito processual civil, a ‘tutela jurisdicional’” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos- 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155). Com o enfoque na tutela se abandona a ideia de processos autônomos, privilegiando a fungibilidade das formas, transcendendo para a economia processual devido à atribuição do caráter multifuncional do processo.

Vislumbra-se ser a lição de BUENO a mais acertada, e, portanto é adotada no presente trabalho. O estágio atual do Direito não comporta mais a distinção entre processo cautelar, medida cautelar, posto que o processo deve ser compreendido como multivalente, a fim de que possa ser ampliado o seu potencial de entrega da prestação jurisdicional efetiva e justa.

3.1 Considerações iniciais: sincretismo processual

Durante muito tempo, a autonomia dos processos (conhecimento, execução e cautelar) reinou no mundo jurídico. O próprio legislador de 1973 fez questão de consagrar tal classificação ao dividir o Código de Processo Civil em “livros” com “as três espécies de processos”: Livro I (Do Processo de Conhecimento), Livro II (Do Processo de Execução) e Livro III (Do Processo Cautelar).

Contudo, a doutrina brasileira passou a defender a possibilidade das tutelas serem cumuladas numa mesma relação jurídica, com vistas a uma maior efetividade processual, princípio do sincretismo processual. A influência decorreu de países anglo-americanos, pois, no sistema *common law* as atividades cognitivas e executivas do juiz estavam unidas, não existia uma separação entre o processos de cognição e de execução⁶.

Dispõe Maria Soledade Soares Cruzes que “o Sincretismo do Processo Civil Brasileiro é uma análise da viabilidade de um sistema processual único e multifuncional, em contraposição à sua clássica repartição em espécies, ditas autônomas.” (CRUZES, Maria Soledade Soares. O sincretismo do processo civil brasileiro: uma análise da viabilidade de um sistema processual único e multifuncional. Vitória da Conquista-BA.2009 Disponível em: < <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/854/861>>. Acesso em: 28/02/2015). Percebe-se, no cenário atual, que a incompatibilidade entre cognição e execução, erigida historicamente ao status de princípio da autonomia - e que possuía fundamentos científicos doutrinários, tornou-se defasada e cedeu espaço para a compreensão das atividades processuais à disposição do juiz como mecanismos aptos à consecução da tutela jurisdicional.

O termo ganhou maior destaque após a alteração do art. 273, parágrafo 7º, do Código de Processo Civil, pela lei 10.444/02 (alteração na antecipação de tutela, sentença e execução provisória). Nesse cotejo, possibilitou-se a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional (atos de conhecimento, execução e prevenção) no contexto de um mesmo processo, simplificando a prestação jurisdicional. Para além, o artigo 273 do CPC/1973, estabeleceu a fungibilidade entre os provimentos cautelares e de urgência, caminhando para integração da medida cautelar com a tutela antecipada.

O CPC foi paulatinamente alterado, possibilitando cada vez mais a unificação dos procedimentos. Em 2005 e 2006, devido a Emenda Constitucional n.º 45/2004, surgiram as

⁶ Para um maior aprofundamento sobre a origem do sincretismo processual, consultar: LONDETI, Luiz Roberto Dal Pont. O sincretismo processual e a execução dos títulos judiciais para pagamento de quantia no Direito Processual Civil Brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, São José (SC), 2004. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Luis%20Lodetti.pdf>>. Acesso em: 10/03/2015.

Leis nº 11.232 (definiu o cumprimento das sentenças no processo de conhecimento como fase executiva, reduzindo o espectro de existência da execução de títulos judiciais como processo autônomo), 11.277 (autorizou o julgamento de causas idênticas uniformemente) e 11.383 (inovou, enormemente, no processo de execução de títulos extrajudiciais).

As diversas mudanças realizadas ao longo do tempo modificaram completamente o panorama processual originalmente traçado quando da entrada em vigor da Lei 5.869/73, diminuindo a distâncias existentes entre os denominados processos de conhecimento, cautelar e executivo, para torna-las tênues, e por vezes inexistentes, se adequando a nova tônica da realidade social que era incompatível com a burocratização processual, principalmente em decorrência das relações massificadas.

BUENO “não aceita a existência de um ‘processo cautelar’ em contraposição a um ‘processo de conhecimento’ e a um ‘processo de execução’. O que há é um *processo*, sem qualificativo, em que se desenvolvem determinadas atividades jurisdicionais para o atingimento de determinados fins.” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos- 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155 e 156). O foco do sistema muda do procedimento para o fim almejado com a prestação jurisdicional, ampliando as possibilidades de uma decisão efetiva, graças alargamento dos instrumentos à disposição das partes e do juiz.

O que se propugna com o sincretismo processual é que a prestação de diversas tutelas jurisdicionais não depende de processos próprios e distintos, mas de uma correta provocação do juiz. Assim, se compreende o processo como único, uma mesma realidade, onde o estado-juiz desenvolve atividades de conhecimento, execução e cautela, apenas como instrumentos.

Esse novo paradigma quebra os grilhões a que estava algemada a sistemática do CPC/73, tornando a relação processual mais econômica (pois evita a proliferação de processos distintos que poderiam ser discutidos em um único), menos burocrática (expurga o formalismo inútil) e efetiva, concretizando a dignidade dos jurisdicionados, sob o enfoque do devido processo legal.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, importa deixar claro que “o direito processual preocupa-se com formas aptas a propiciar real e efetiva solução do conflitos, os quais são absolutamente inerentes à vida em sociedade” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHAR, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil -Processo de Conhecimento- Vol. 2 - 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.30). Significa a realização da

dignidade dos jurisdicionados por meio de uma efetiva e adequada relação processual, apta a gerar a pacificação social.

3.2 Conceito

Segundo CÂMARA⁷; “O processo cautelar é, pois, instrumento através do qual se presta uma modalidade de tutela jurisdicional consistente em assegurar a efetividade de um provimento a ser produzido em outro processo, dito principal”. Nesta conceituação tradicional se propõe a distinção dos “processos” de conhecimento, execução e cautelar, como um desdobramento do direito de ação, com a finalidade de assegurar o resultado útil dos demais, na perspectiva de uma tutela mediata e não imediata, uma técnica processual idônea à obtenção da efetiva tutela de direito material.

Por outro lado, MARINONI⁸ concebe a tutela cautelar não como uma técnica processual, mas sim como um direito substancial:

“O direito à tutela cautelar não advém do processo. A tutela cautelar não se destina a garantir a efetividade da ação e, por isto mesmo, não pode ser pensada como uma mera técnica processual necessária a lhe outorgar efetividade. O direito à tutela cautelar está situado no plano do direito material, assim como o direito às tutelas inibitórias e ressarcitórias. O titular do direito à tutela do direito- por exemplo, ressarcitória- também possui direito à tutela de segurança (cautelar) do direito à tutela do direito.

De modo que, se a tutela cautelar é instrumento de algo, ela somente pode ser instrumento para assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso”

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil: volume 3- 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 9 e 10

⁸MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHAR, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil -Processo Cautelar- Vol. 4 - 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 23.

Trata-se, nesse sentido, de expressão do direito material que se pretende resguardar, assemelhando-se com o instituto da garantia constitucional, na clássica distinção entre garantias e direitos de Ruy Barbosa.

Ensina NEVES⁹ que “O objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito”. Assim, esta tutela tem como escopo a resolução de uma crise de perigo, podendo se dar por meio de processo autônomo cautelar ou da concessão de medida cautelar, mediante cognição e formalidade sumária, de maneira provisória e passível de revogação, dotada de instrumentalidade e que visa assegurar a utilidade do resultado final do processo.

Em uma visão mais moderna do direito processual civil, amparando-se nas lições de MARINONI e BUENO, pode-se conceituar medida cautelar como a proteção jurisdicional preventiva, que acoberta e protege determinado direito subjetivo, ou estado de direito legítimo e que se encontra sob ameaça de perecimento em virtude de um dano, iminente e de difícil reparação.

3.3 Características

Conforme a análise que se extrai do trabalho de GUTIER¹⁰, há, em síntese, duas correntes doutrinárias de classificação que apresentam características distintas para processo cautelar: a tradicional, com poucas variações e majoritariamente seguida pela doutrina processual instrumentalista; e a mais vanguarda, apresentada pelos professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart.

⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil - Volume Único - 5ª ed. São Paulo: Método, 2013, p.1.158.

¹⁰ GUTIER, Murillo Sapia. Teoria do processo cautelar: características e classificações doutrinárias. Jus Navegandi. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/14548/teoria-do-processo-cautelar-caracteristicas-e-classificacoes-doutrinarias>>. Acesso em: 15/03/2015.

Tabela 3 - Quadro comparativo das características da tutela cautelar

Classificação tradicional	Para Marinoni-Arenhart
<ol style="list-style-type: none"> 1. Autonomia 2. Acessoriedade 3. Instrumentalidade 4. Preventividade 5. Provisoriedade 6. Sumariedade 7. Cognição não exauriente 8. Revogabilidade 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tutela assecuratória da tutela do direito material ou da situação jurídica tutelável 2. Perigo de dano 3. Probabilidade do direito à tutela do direito material 4. Temporariedade 5. Não-satisfatividade 6. Instrumentalidade 7. Referibilidade 8. Cautelaridade e não-preventividade
<p>Fonte: http://jus.com.br/artigos/14548/teoria-do-processo-cautelar-caracteristicas-e-classificacoes-doutrinarias</p>	

3.3.1 Características do Processo Cautelar para a doutrina instrumentalista tradicional.

a. Autonomia

Deve ser entendida como uma terceira classe de processo, com estrutura distinta dos processos de conhecimento e de execução.

A doutrina tradicional pugna pela autonomia do processo cautelar tendo em vista que o mesmo possui fins próprios a serem seguidos, que são realizados independentemente do mérito do processo a que servir a cautelar.

BUENO ensina que tal característica apenas possuía razão de ser no momento em que foi concebido, todavia, atualmente “deve ser entendido *{omissos}* como verdadeira expressão idiomática, que vale mais pela consagração de seu uso, a começar pelo próprio direito positivo, do que pelo significado de seus termos *[omissos]*.” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos- 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 156).

b. Acessoriedade

Tal característica se vislumbra uma vez que existe tão somente para proteger um processo principal. Há uma relação de dependência para com os demais "processos".

O CPC previu a acessoriedade no seu artigo 796 que "o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente". A dependência a que se refere o artigo em comento significa a acessoriedade, entendida como a finalidade de assegurar o resultado do processo principal.

c. Instrumentalidade

Na formulação tradicional, a instrumentalidade espelha a circunstância do processo cautelar não se voltar à proteção imediata do direito material, mas apenas, ao plano processual.

O processo cautelar, nessa perspectiva, é instrumento para a proteção do resultado útil do processo principal, ou seja, conforme a concepção de Calamandrei¹¹ – muito repetido na doutrina: “instrumento do instrumento”, denominada por MARINONI de teoria da instrumentalidade ao quadrado.

A doutrina mais recente critica veementemente as lições do jurista italiano, pois advém da teoria concretista do direito de ação, e sua classificação deve ser entendida nesse contexto. Assente que tal concepção de processo não foi adotado no Brasil, não há como se defender que o direito à tutela cautelar advenha do processo.¹²

d. Preventividade

O objetivo do processo cautelar é afastar o perigo da ineficácia ou inutilidade do provimento jurisdicional buscado. Visa impedir que se ocorra grave dano ao direito das partes

¹¹CALAMANDREI, Piero. Instituições de direito processual civil. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2003. Tradução de Douglas Dias Ferreira, p.21-22 apud BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos- 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 165.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHAR, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil -Processo Cautelar- Vol. 4 - 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 23.

que litigam em processo de conhecimento ou execução, de modo a evitar que os efeitos danosos do tempo possam impedir a efetividade do processo principal.

e. Provisoriedade

A medida cautelar produzirá efeitos por um determinado lapso de tempo, notadamente até que persista a situação de emergência. A proteção obtida cautelarmente extingue-se com a efetivação da tutela jurisdicional que se pretende proteger.

DIDIER¹³ defende que a provisoriedade (que ele prefere denominar de temporariedade) não exclui a definitividade da cautelar. Como já exposto supra, o autor defende que a decisão cautelar concede uma tutela cognitiva exauriente seu objeto. Temporários ou provisórios seriam apenas os efeitos práticos.

3.3.2 Classificação de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart¹⁴

a) Tutela assecuratória da tutela do direito material ou da situação jurídica tutelável

“A tutela cautelar é assecuratória da tutela prometida pelo direito material e da situação a que o direito material confere tutela jurídica”. Para Marinoni e Arenhart a tutela é direito da parte e um dever do Estado e não é uma tutela da jurisdição ou do processo.

b) Perigo de dano

O direito ou situação tutelável devem estar em perigo, que deve estar fundamentado em elementos objetivos, e não de ordem subjetiva. Para os professores Marinoni e Arenhart, basta a mera probabilidade da ocorrência do dano, sendo desnecessária uma cognição exauriente sobre essa ocorrência.

¹³ Conforme exposto no item 2.2.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHAR, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil -Processo Cautelar- Vol. 4 - 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 23-44.

c) Probabilidade do direito à tutela do direito material

O direito da parte dever ser verossímil ou provável, *fumus boni iuris*. Para Marinoni e Arenhart, a obtenção da tutela cautelar depende do convencer o juízo de que lhe será da probabilidade de concessão do direito material. A cognição baseada na verossimilhança será sumária, pois é incompatível com o aprofundamento do contraditório.

d) Temporariedade

Para os ilustres processualistas a cautelar não é provisória e sim temporária, posto que sua eficácia não está atrelada à decisão definitiva sobre o mérito, como classicamente concebida, mas ao perigo de dano, pois destina-se a dar segurança à tutela do direito material, devendo perdurar enquanto não desaparecer o perigo de dano.

e) Não-satisfatividade

Para os autores, que comungam com posição majoritária, a tutela cautelar tem a finalidade unicamente assecuratória, não podendo satisfazer o direito material, apenas resguardá-lo.

Para a maioria dos doutrinadores não se tolera mais a cautelar satisfativa em razão da reforma do Código de Processo Civil, que instituiu a tutela antecipada. Contudo, há doutrinadores que defendem a possibilidade do caráter satisfativo da medida cautelar, esse entendido como a satisfação do direito, isto é, esgota por si só e por sua natureza o seu objeto, independente de ação principal. Nesse sentido são as lições de BUENO, para quem:

“A tutela jurisdicional, inclusive a preventiva, atua também no plano material não sendo correto, ao menos nos dias de hoje, entender que o proferimento de uma sentença ou, mais genericamente, de um ‘título executivo’ seja significativo, em todo e em qualquer caso, de prestação de tutela jurisdicional. Não há espaço para entender a necessidade de uma verdadeira duplicação de ‘processos’, de ‘ações’ e de ‘procedimentos’ para buscar um só resultado que, em última análise, não repousa – e nunca repousou – no plano processual, mas exclusivamente, no plano material.” (BUENO, Cassio Scarpinella.

Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos- 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 154.)

Para o autor a tutela cautelar possui natureza além do meramente processual, tutelando direitos materiais das partes. Os manuais colacionam como exemplos de cautelares com natureza satisfativa a cautelar de exibição de documentos, de produção antecipada de provas e a de sustação de protesto.

Essa posição encontra ressonância em alguns julgados pátrios da Corte do STJ, a exemplo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR NAS AÇÕES CAUTELARES DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS BANCÁRIOS. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

(...)essas poderão ter natureza verdadeiramente cautelar, demanda antecedente, cuja finalidade é proteger, garantir ou assegurar o resultado útil do provimento jurisdicional; ou satisfativa, demanda principal, visando apenas à exibição do documento ou coisa, apresentando cunho definitivo e podendo vir a ser preparatória de uma ação principal – a depender dos dados informados. omissos). REsp 1.349.453-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 2/2/2015.

O que o acórdão supracitado elucidada é que, por vezes, o procedimento cautelar adotado se revela uma ação ordinária, que entrega o bem da vida a parte.

A ideia da cautelar não satisfativa é justamente que ela sirva para apoiar uma outra ação (a qual deverá ser ajuizada em 30 dias da eficácia factual da liminar ou, ainda, do desfecho em relação à tutela pretendida pela cautelar - vez que muitas vezes isso não se dá por liminar). Todavia, as cautelares ditas satisfativas dispensam o ajuizamento de uma demanda principal. Ela, de per si, já basta a tutelar a pretensão autoral.

f) Instrumentalidade

Tal característica é perceptível pela leitura do art. 801, inciso III, do CPC. Não obstante esta concepção tradicional insculpida na legislação, MARINONI e ARENHART não atribuem o mesmo viés finalístico dos autores clássicos. Para eles não se concebe a tutela cautelar como instrumentalidade ao quadrado, posto que, a prestação jurisdicional visa tutelar o direito material, conferindo-lhe segurança. BUENO, de igual modo, não empresta razão ao conceito clássico de instrumentalidade, mas, principalmente, por considerar artificial a classificação dos processos.

g) Referibilidade

A referibilidade significa que a cautelar estabelece uma relação direta- e não indireta, como quer a maioria da doutrina- com o plano material: uma situação substancial acautelada. Circunstância que revela um direito substancial de cautela, como um direito subjetivo material à segurança.

h) Cautelaridade e não-preventividade

Nas lições dos processualista, a tutela cautelar sempre está referida a uma ação principal, portanto, é tida como não-satisfativa. A tutela jurisdicional apta a sanar ameaça à direitos é a tutela inibitória ou preventiva, voltada a impedir a repetição, continuação ou prática de ato contrário ao direito.

Na origem do CPC/73 não havia o desenvolvimento da concepção atual de tutela inibitória antecipada, e por essa razão as partes utilizavam das cautelares inominadas, como medidas aptas a evitar a consumação do dano.

Essa concepção não resistiu às alterações experimentadas pelo CPC, em especial pela instituição da antecipação de tutela. Assim a tutela inibitória previne danos e é satisfativa (não possui referibilidade ou instrumentalidade) dos direitos a serem tutelados, como uma modalidade de antecipação de tutela. Por outro lado, a cautelar possui a aptidão de assegurar e dar segurança a efetividade de eventual tutela ressarcitória, e não para prevenir danos.

3.4 Requisitos

Tal qual qualquer ação, a cautelar é condicionada, devendo-se demonstrar para o seu exercício seus requisitos constitutivos que são: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade da parte. Além desses existem dois requisitos específicos: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Trata-se o *fumus boni iuris* pela plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretende a segurança. Não implica na certeza do direito material, ou que os fatos que o fundamentam serão profundamente analisados, mas apenas e tão somente que o autor da cautelar tem direito ao processo de mérito com possível provimento favorável. Assim, uma vez demonstrado que o autor da cautelar possui todas as condições do direito de ação que lhe permitirão ingressar com o processo principal, ou seja, que este é viável e não lhe será claramente adverso, terá ele direito ao processo cautelar, pois o *fumus boni iuris* consiste na existência do interesse que justifica o direito de ação, sendo que na prática só não existe quando a pretensão do requerente configurar caso de inépcia da inicial.

No que toca ao *periculum in mora*, há de se vislumbrar um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, (art. 798, CPC). Tal risco não se funda em simples estado de espírito do requerente, mas a uma situação objetiva, demonstrável através de algum fato concreto.

Theodoro Jr¹⁵ esclarece que se refere ao interesse processual na justa e eficaz composição do litígio, sendo que o dano corresponde a uma possível prejudicial alteração na situação de fato existente ao tempo da propositura da ação. Devendo o receio do autor da cautelar ser demonstrado por algum fato concreto (fundado) que possa gerar dano durante o processo principal (seja próximo) e que esse dano não permita uma reparação específica e nem uma indenização, inclusive por falta de condições econômicas da outra parte.

4 PODER GERAL DE CAUTELA

¹⁵ THEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.429.

O poder geral de cautela, decorrente do art. 798 do CPC, é algo de peculiar na tutela cautelar, por ele, pode o juiz criar providências de segurança fora dos casos típicos de cautelares determinados por lei, pois a tutela cautelar visa a evitar situações de perigo que possam prejudicar a eficácia do processo principal e, por vezes, demandam medidas específicas para o caso concreto. Essas medidas terão de ser requeridas pelo interessado que, como já dito, terá de demonstrar a existência daqueles dois requisitos típicos de todas as cautelares.

Este poder atribui ao juiz poderes de conceder tutela de urgência, mesmo quando absolutamente incompetente para o julgamento do processo. Abre-se a possibilidade de determinação de qualquer medida cautelar ainda que não prevista expressamente no CPC.

BUENO explica que o poder geral de cautela deve ser entendido “como autêntico ‘dever-poder’” (ob. Cit. p.183). Dever, no sentido de que não há espaço para discricionariedade no exercício da função jurisdicional, impõe-se ao juiz a utilização de mecanismos que se mostrem aptos a garantir o resultado pretendido da tutela.

O legislador processual não se ocupou de definir as alternativas à disposição do magistrado, criando uma verdadeira cláusula geral, deixando o ordenamento aberto, e relegando ao juiz a complementação do sistema protetivo de direitos, permitindo a utilização de medidas adequadas a evitar danos graves, ou de difícil reparação, consoante as necessidades de cada caso concreto.

A doutrina utiliza o termo cautelares inominadas (inespecíficas ou atípicas) como expressão sinônima do poder geral de cautela. Esse poder pode ser exercido dentro de qualquer processo, posto que é ínsito a função jurisdicional, fruto da necessidade de uma tutela cautelar adequada ao caso concreto.

5 PROCEDIMENTO CAUTELAR NO CPC/73

A lei 5.689/73 dispunha acerca da tutela cautelar no seu livro III, artigos 796 a 889, especificando os pressupostos próprios para cada provimento cautelar e no artigo 798 dispondo sobre o poder geral de cautela, diferentemente do Código de Processo Civil de 1939, Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939, que apenas estipulava os requisitos gerais dos provimentos cautelares no seu artigo 675.

As cautelares típicas ou nominadas no Código de Processo Civil de 73 eram o arresto, artigo 813 a 821, o sequestro, artigo 822 a 825, a caução, artigo 826 a 838, a busca e apreensão, artigo 839 a 843, a exibição, artigo 844 e 845, a produção antecipada de prova, artigo 846 a 851, os alimentos provisionais, artigo 852 a 854, o arrolamento de bens, artigo 855 a 860, a justificação, artigo 861 a 866, os protestos, notificações e interpelações, artigos 867 a 873, a homologação do penhor legal, artigos 874 a 876, a posse em nome do nascituro, artigo 877 e 878, o atentado, artigos 879 a 881, o protesto e a apreensão de títulos, artigos 882 a 887, e outras medidas provisionais nos artigos 888 e 889.

Na sistemática do CPC/73 o exercício do direito cautelar “autônomo” se faz através da petição inicial, como qualquer outra ação. Através o autor demonstra que atende os requisitos previstos no art. 801 do CPC. O primeiro é o endereçamento, pois quando preparatórias, ou seja, requeridas antes da existência da lide principal, são requeridas ao juiz competente para a ação principal (CPC, art. 800), importante ressaltar que se a medida cautelar objetivar proteger ação de competência originária dos tribunais ou nos processos nos quais já foram proferidas sentenças e interpostos recursos, a ação cautelar deverá ser interposta diretamente ao tribunal competente para o julgamento do recurso interposto (CPC, art. 800, § único.), devendo indicar o Tribunal e o órgão julgador competentes, onde tramita a ação principal, ou para onde esta será dirigida.

O segundo requisito é a qualificação das partes. Importante destacar que somente aquele que tiver legitimidade e interesse para o ajuizamento e a parte legítima para ocupar o polo passivo da ação principal é que poderão figurar como partes ativa e passiva na relação processual da ação cautelar. Haja vista que, a sentença a ser proferida na ação principal apenas poderá beneficiar ou prejudicar as partes daquele processo (CPC, art. 472).

Requer, ainda, a indicação da lide e seu fundamento. Há uma imprecisão terminológica, pois os fundamentos não são propriamente da lide cautelar – no sentido de pretensão resistida - mas da ação principal que será assegurada pela tutela cautelar. Este requisito permitir ao juiz a verificação da ocorrência do *fumus boni iuris*, que constitui requisito próprio da cautelar. Se se tratar de modalidade incidental (aquela ajuizada no curso da demanda principal), desnecessária será tal requisito, pois o seu exame será feito através da análise da petição inicial da ação principal.

Também deverá ser demonstrado receio da lesão e a exposição sumária do direito ameaçado. Constitui-se mais um requisito da ação cautelar: o *periculum in mora*. Deve se indicar os elementos que demonstrem um juízo de probabilidade da ineficácia da tutela

principal em razão do decurso do tempo. Caso se requeira a cautelar liminarmente, ainda se exige a indicação das razões de ineficácia da cautelar caso dela tenha conhecimento o requerido antes de sua concessão.

Ato contínuo será o pedido de citação do requerido e a indicação do valor. Havendo outras provas a serem produzidas, a petição inicial da cautelar deverá indicá-las e estar acompanhada dos documentos essenciais e fundamentais a resolução e conhecimento da lide cautelar.

Nas medidas cautelares requeridas incidentalmente - isto é, quando já existe o processo principal cuja eficácia se busca proteger – serão dirigidas ao juiz da ação principal. Assim, a petição inicial deverá indicar o juízo onde tramita a principal, distribuindo-se por dependência a cautelar.

Ao examinar a inicial, caso o juiz constate o não preenchimento dos requisitos exigidos na lei (*fumus boni iuris* e o *periculum in mora*), ou que há defeitos ou irregularidades que comprometam ou dificultem o julgamento do mérito, determinará que o requerente emende ou complete no prazo de 10 (dez) dias (CPC, art. 284). A não observância desta determinação acarreta o indeferimento (CPC, art. 284, § único) por sentença e sem resolução do mérito, impugnável através de apelação (CPC, art. 513).

Estando em ordem e havendo pedido liminar da medida cautelar – ou sem este requerimento e após justificação prévia – o magistrado, por meio de cognição sumária, avalia a possibilidade do deferimento da pretensão cautelar ao final do processo e o risco de ineficácia da providência, se não concedida *inaudita altera pars*, após o que defere a medida ou, em caso de indeferimento, designará justificação prévia com a citação do requerido. Esta justificação somente se faz necessária se fatos relevante para a concessão da liminar tiverem de ser demonstrado prova testemunhal.

Concedida a cautelar liminarmente, ou após justificação prévia, o juiz poderá exigir do postulante uma contracautela - consiste em uma caução, real ou fidejussória, que garanti futura reparação de danos que a execução da medida cautelar pode vir a ocasionar ao requerido (CPC, art. 804).

A citação será feita por uma das formas previstas nos arts. 213 e seguintes do Código de Processo Civil, devendo constar a advertência de que, a não contestação do pedido gera a presunção de verdade dos fatos narrados na exordial. A ausência desta advertência desautoriza a aplicação dos efeitos da revelia.

O prazo de contestação é de 5 (cinco) dias, contando-se da juntada do mandado aos autos seja: de citação devidamente cumprido; de execução da medida concedida liminarmente; ou após justificção prévia (CPC, art. 802). Caso conste prazo maior no mandado, por equívoco, deverá este ser observado. Contestado o pedido, decidirá em 5 (cinco) dias (CPC, art. 803) o magistrado.

Na contestação deve o requerido, em princípio, limitar-se ao ataque dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, procurando demonstrar a ausência da aparência do bom direito ou das condições da ação principal, e/ ou a ausência do perigo da demora em razão do tempo. Pode versar, ainda, sobre a decadência e a prescrição do direito alegado. A contestação deve vir instruída com os documentos destinados a comprovar as alegações feitas, indicando, se for o caso, as provas que o requerido pretende produzir.

Se a contestação trouxer fato novo, a exemplo da decadência ou da prescrição, ou se vier instruída com documentos relevantes e que podem vir a ser utilizados na sentença, embora não haja previsão expressa, o juiz poderá novamente ouvir o requerente, em réplica.

Existindo ainda fatos controvertidos e que devam ser demonstrados por provas orais, haverá a designação de audiência de instrução e julgamento para a colheita dessas provas. Após a instrução, o juiz decidirá no ato ou em 5 (cinco) dias, por sentença, contra a qual caberá apelação, com efeito apenas devolutivo, posto que, concedida a medida, haverá sua execução independentemente do recurso, caso contrário haveria o desvirtuamento da finalidade da tutela cautelar se houvesse sua suspensão pela interposição de recurso com efeito suspensivo.

Concedida a medida deverá haver sua execução no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sob pena de perda da eficácia da medida concedida (CPC, art. 808, II). Sendo a cautelar preparatória, a ação principal é que deverá ser ajuizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida cautelar, sob pena de perda de sua eficácia (CPC, art. 808, I), com a ressalva dos casos em que parte da doutrina admite a natureza satisfativa da medida, onde não haverá necessidade de ajuizamento da ação principal.

Concedida e efetivada a medida, haverá a conservação de sua eficácia até o encerramento da ação principal. Havendo a suspensão da lide principal, ainda que por convenção das partes, permanece íntegra a eficácia da cautelar, salvo se em contrário decidir o juiz. Contudo, pode ser modificada ou revogada, se alterações fáticas ocorridas justificarem a modificação ou revogação (CPC, art. 807).

De outro lado, implicará em perda da eficácia da medida se, concedida liminarmente, o requerente não providenciar a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias. Como também, haverá perda da eficácia da medida (CPC, art. 811, II), caso o processo principal seja extinto, com ou sem julgamento do mérito, ou se a sentença proferida no processo principal for desfavorável ao requerente da medida cautelar.

Não há vedação, enquanto não decidido o processo principal, para que seja renovada a medida cautelar que perdeu sua eficácia, contudo, o novo pedido deve se apoiar em fundamento novo.

Nos casos de perda de eficácia da medida cautelar, resultando a sua execução em prejuízos, o requerente por eles responde de forma objetiva e, a apuração do montante dos danos, ocorrerá nos próprios autos da cautelar, através de liquidação (CPC, art. 811 e § único).

6 TUTELA PROVISÓRIA

Este capítulo trata de uma abordagem preliminar sobre o novos contornos dados pelo Novo CPC ao instituto da tutela provisória, sem prejuízo de aprofundamento dos temas nos capítulos seguintes.

Como já referido, há tutela provisória quando o órgão julgador antecipa os efeitos da tutela definitiva (não importando se a tutela é satisfativa ou cautelar). Também haverá provimento provisório quando o julgador, em um processo que não tenha natureza cautelar, determina, *incidenter tantum*, a adoção de uma medida cautelar. Em síntese, a tutela provisória, seja ela satisfativa ou cautelar, assim o é posto que será substituída por uma tutela definitiva.

De início, verifica-se que o Novo CPC preferiu adotar a terminologia clássica e distinguir a tutela provisória, fundada em cognição sumária, da definitiva, baseada em cognição exauriente.

No Novo Código de Processo Civil a tutela provisória possui regramento no Livro V, e está estruturada em três títulos: disposições gerais, tutela de urgência e a tutela de evidência. É usada no sentido de proximidade com temporariedade, tendo modificação especialmente em

relação à perspectiva de estabilização, abandonando a ideia de superação quanto à tutela principal. Há no texto duas espécies de tutelas de urgência: a satisfativa, chamada de antecipada, e a cautelar.

Quanto à tutela provisória, o Novo CPC dá mais ênfase ao contraditório. O Código de Processo Civil acaba com toda sistemática de estrutura cautelar em torno de processo autônomo, mas mantém possibilidade de requere-la de forma antecedente. A ideia foi abarcar o processo sincrético, ampliando processo em relação à tutela cautelar.

6.1 Tutela de urgência

Pode-se definir tutelas de urgência como todas aquelas medidas que são concedidas no decorrer do processo, em especial no seu início, tendo como premissa a questão do perigo de ineficácia da tutela em razão de uma emergência, a qual tanto pode assumir um feitiço cautelar quanto satisfativo, podendo, inclusive, pode ter uma mesma decisão, a natureza de ambas ao mesmo tempo.

Como já exposto, a tutela de urgência está sendo tratada da mesma forma tendo faceta cautelar ou satisfativa, pois o juiz para cumprir a promessa constitucional de tutelar os direitos não pode mais se pegar em aspectos puramente técnicos e formalistas contidas na acepção da palavra.

Importa salientar as grandes modificações na tutela antecipada requerida em caráter antecedente, cuja petição inicial limita-se a: requerimento de tutela antecipada, apenas indicação de tutela final, exposição da lide e do direito que se buscar realizar, perigo de dano ou do risco do resultado útil do processo e a indicação do caráter antecedente. Depois da decisão, deve haver a complementação da petição inicial, sob pena de extinção do processo sem o julgamento do mérito, com possibilidade de complementação da argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final. Em caso de concessão, prazo é de 15 dias. Se indeferida, prazo de 5 dias para a emenda.

Sobre a tutela cautelar antecedente, a petição inicial deve conter a lide e seu fundamento, exposição sumária do direito que se quer assegurar e perigo de dano ou do risco do resultado útil do processo. Após a citação do réu, estabeleceu-se prazo de cinco dias para a contestação e indicação das provas que pretende produzir. Não havendo contestação, a decisão sobre a cautelar é em até 5 dias. Se contestado, segue-se o procedimento comum. A formulação do pedido principal é feita nos mesmos processos e autos, no prazo de 30 dias.

A tutela de evidência poderá ser concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado do processo quando: ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte ou ainda se as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada com julgamentos de casos repetitivos ou em súmula vinculantes.

Outra hipótese é se a lide versar sobre pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito ou se a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Para a doutrina o aspecto positivo do Novo CPC é a unificação do regime jurídico das medidas antecipatórias e cautelares. As medidas urgentes poderão ser concedidas em caráter preparatório ou incidental.

Entretanto, o tratamento uniforme dado aos requisitos de um e outro tipo de tutela não parece ser a melhor solução legislativa, já que, apesar de serem consideradas espécies do gênero - justamente pela questão do risco de dano no sentido mais amplo do termo -, se o novel diploma tivesse especificado com detalhes mais técnicos as hipóteses de tutela cautelar e satisfativa não haveria qualquer problema na prática, pois apesar de ser patente a fungibilidade entre ambas, há grande possibilidade de confusão na praxe forense, por consequência não podem andar juntas com relação aos pressupostos para a sua concessão, eis que para acautelar os elementos, sem sombra de dúvidas, devem ser menos rigorosos do que para antecipar efeitos práticos do próprio pedido principal.

Subsiste no novo ordenamento o ônus da formulação principal, assim, concedida a medida cautelar preparatória, o autor deverá sempre formular o pedido principal em até 30 dias. Se concedida a tutela antecipada preparatória, o autor tem ônus de complementar sua argumentação e confirmar o pedido de tutela final em 15 dias ou em outro prazo maior que o juiz lhe der, nos mesmos autos e sem a incidência de novas custas processuais, juntando documentos novos e confirmando o pedido de tutela definitiva, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, §§1º, I, 2º e 3º).

O réu, então, diante do aditamento supramencionado, será citado para comparecer em audiência de conciliação ou mediação que, restando infrutífera, marcará, via de regra, o início do prazo de 15 dias para a apresentação da contestação (NCPC, arts. 303, §1º, II e III, 334 e 335).

Nesse ponto não há grandes novidades.

Todavia, o artigo 304 do NCPC inova no tratamento da matéria, dispondo expressamente sobre a previsão de estabilização da tutela antecipada. Consiste na hipótese de se o réu não recorrer da tutela urgente antecipada preparatória, o processo preparatório será extinto, mas a medida manterá sua eficácia por tempo indeterminado. Com isso se atribui uma função monitória ao Novo Código de Processo Civil, com a criação acelerada de título executivo, mediante cognição sumária e em caso de inércia do réu, além da transferência para o réu do ônus da instauração de processo de cognição exauriente.

À primeira vista, o dispositivo parece sugerir que o réu, para não ver estabilizada a tutela provisória e extinto o processo, é tem o ônus de interpor recurso de agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a tutela de urgência antecipada em caráter antecedente. Pela interpretação literal do dispositivo, caso o réu deseje apenas contestar a demanda a tutela provisória já estaria estabilizada e o processo estaria extinto muito provavelmente antes mesmo da audiência de conciliação ou mediação. Não deve prevalecer, contudo, essa interpretação do Novo Código, que tornaria obrigatória a interposição de recurso nesse caso.

Nesse sentido também as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello¹⁶:

“O caput traz a informação de que a tutela antecipada requerida de forma antecedente, nos termos do art. 303 anterior, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. Numa interpretação literal, o que terá o condão de ditar, ou não, a estabilização, será a providência recursal. Não havendo recurso, a decisão que antecipou a tutela tornar-se-á estável e o processo será extinto (§1º). Frise-se: pela letra da lei, não basta que o réu conteste a demanda. Se não houver recurso da decisão que antecipou a tutela, esta se tornará estável e o processo, com ou sem contestação, será extinto. Essa forma de interpretação, a nosso ver, não pode prevalecer. Em verdade, qualquer forma de oposição (v.g., contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo. Basta a resistência, a manifestação do inconformismo do réu, a qual, pode se dar não só pelo recurso. A vingar uma interpretação literal

¹⁶ Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 512

antevê-se um risco potencial de aumento dos agravos de instrumento nessa situação, pois a parte seria obrigada a lançar mão do recurso se quiser que a ação prossiga e seja julgado o pedido final.”

Razão assiste aos renomados autores, por efeito, pela sistemática recursal, que é orientada pelo princípio da voluntariedade, seria incongruente com o sistema a criação de um recurso obrigatório.

A reformar ou invalidação da tutela provisória estabilizada se dará com o ajuizamento de nova demanda em face da outra, nos exatos termos do art. 304, §2º, do NCPC, devendo ser exercido esse direito no prazo decadencial de 02 anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (§5º). Todavia, como o Novo Código adota posicionamento explícito no sentido de que a decisão proferida em cognição superficial não faz coisa julgada material (304, §6º), imperativo é também concluir, que nada obsta que, mesmo após o prazo decadencial de 02 anos, a parte que se sinta prejudicada ingresse com nova demanda a fim de discutir o mesmo bem da vida, não podendo, contudo, rever a tutela provisória dada e estabilizada, mas com o direito de ajuizar nova ação com idêntico conteúdo.

A inexistência de coisa julgada material não é uma especificidade da medida antecipada, mas sim da concessão da tutela provisória (de urgência ou da evidência), que manterá a sua eficácia na pendência do processo, podendo ser, a qualquer momento, revogada ou modificada (art. 296).

Os juristas, no entanto, alertam para alguns inconvenientes práticos decorrentes da persistência da distinção entre cautelar e antecipação, como no caso do recrudescimento da disputa classificatória entre cautelar e antecipada, além do risco de proliferação de pedidos de tutela urgente em desvio de finalidade, devido a flexibilização dos requisitos para a concessão dessa modalidade de tutela.

Salienta-se ainda que, embora não se fizesse necessário qualquer previsão expressa do no sentido de se estabelecer a prioridade processual na tramitação nos processos onde haja o deferimento de tutelas de urgência, o legislador enunciou que quando estamos diante de um processo em que foi concedida, por exemplo, uma tutela cautelar em que o risco pode continuar ocorrendo, por obvio, esse processo tem que ter o trâmite priorizado em relação aos demais.

6.2 Tutela de evidência

O artigo 311 do Novo Código trata especificamente da tutela de evidência, destacando que, “independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”, a tutela da evidência será concedida em hipóteses específicas:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Importante a advertência doutrinária:

“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.”¹⁷

¹⁷ WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins e; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao Novo CPC. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 523.

Deve-se ter em mente que o fato da tutela de evidência está lastreada em cognição sumária não é definitiva e sim provisória, porquanto, como adverte a doutrina, não há coincidência com as hipóteses de julgamento antecipado que são aptas à definitividade.

Destacar, ainda, que na tutela da evidência, não se exige o requisito da urgência. Daí porque houve efetiva diferenciação entre essas duas espécies de tutela provisória. Não obstante, embora não esteja expressamente previsto no dispositivo legal ora supra citado, se deve acrescer às hipóteses de concessão da tutela da evidência a probabilidade do direito do requerente. Esta interpretação leva em conta a natureza dessa tutela (do direito evidente) e a coerência contida na “*mens legis*”.

Pensar contrariamente, daria azo ao surgimento de uma situação na qual, embora não exista qualquer “evidência” (probabilidade) de seu direito, o autor obtenha a concessão de uma tutela provisória (da evidência) pela simples demonstração do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório da parte (NCPC, art. 311, inciso I). Não se busca, com isso, defender que essas condutas não tenham que ser gravemente reprimidas e combatidas, mas não se pode olvidar que elas não influem no mérito da demanda, ou na maior ou menor probabilidade do direito do autor.

Ademais, à exceção da hipótese prevista no inciso I do art. 311 do NCPC, as demais fazem referência a aspectos jurídicos ou fáticos que traduzem a evidência do direito do autor, à exemplo da: comprovação documental das alegações de fato aliada à “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (II); “prova documental adequada do contrato de depósito” (III); e “prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável” (IV).

Impõe-se concluir que, mesmo na situação de abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório da parte, o outro litigante, postulante da tutela de evidência, deverá também comprovar a probabilidade do seu direito.

Acrescenta o parágrafo único do art. 311 do NCPC que o magistrado poderá decidir liminarmente nas situações descritas nos incisos II e III apenas. Posto que, nas hipóteses dos incisos I e IV, o juiz somente poderá formar sua convicção (ainda que fundada em cognição sumária) após a apresentação do mecanismo de defesa do réu.

Pertinente a observação de Daniel Amorim Assumpção Neves:

“(…) Distanciando-se do Projeto originário de Novo CPC, na redação final do diploma legal não há previsão para o pedido antecedente de tutela da evidência. Dessa forma, há um tratamento heterogêneo entre

as diferentes espécies de tutela provisória: enquanto a tutela de urgência pode ser pedida de forma antecedente e incidental, a tutela da evidência só pode ser pedida de forma incidental. É claro que, nas duas hipóteses de tutela da evidência em que não cabe sua concessão liminarmente, não haverá possibilidade material de seu pedido ocorrer de forma antecedente; mas nas duas outras, nas quais a concessão pode ou deve ser liminar, é plenamente possível se imaginar um pedido de forma antecedente. Como o Novo CPC não trata dessa possibilidade, é possível ao intérprete propugnar pela aplicação por analogia do procedimento previsto para o pedido antecedente de tutela antecipada.” (Novo Código de Processo Civil, São Paulo: Método, 2015, p. 219).

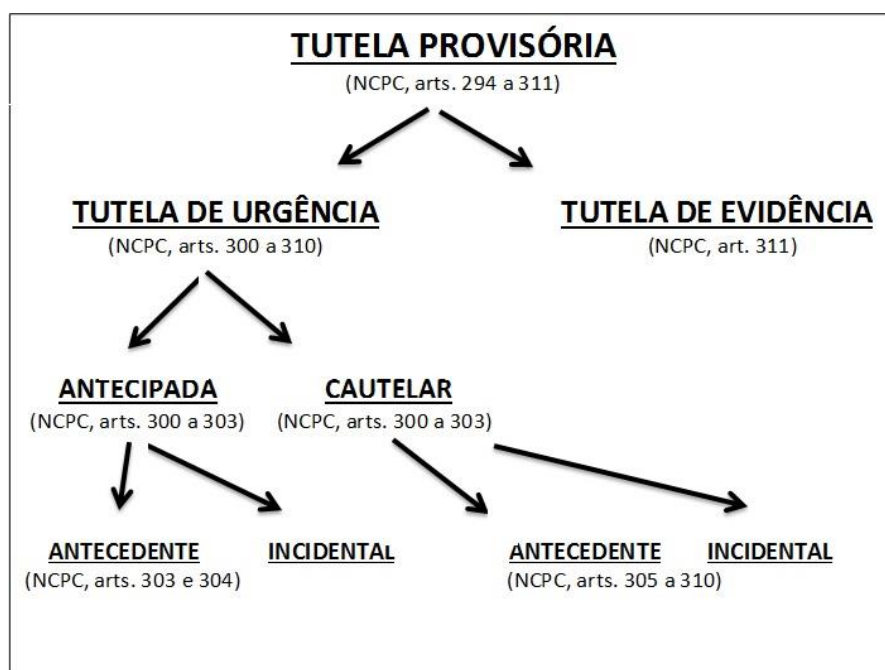
Propõe o jurista uma aplicação analógica do procedimento previsto para a tutela de urgência requerida em caráter antecedente, em virtude de ambas constituírem espécies de tutela provisória. Contudo, essa não parece ser a melhor exegese já que o silêncio da norma é eloquente. Assim o Art. 294. Do Novo Código ao referir que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência, ressalva em seu parágrafo único que apenas a tutela provisória de urgência é que poderá ser requerida e concedida em caráter antecedente ou incidental.

7 INOVAÇÕES NO NOVO CPC

Aos 16 de março de 2015 a Presidente da República sancionou o Projeto de Lei 8046/2010, convertendo-o na Lei 13.105 de 2015, que institui o novo código de processo civil. A lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 ainda se encontra vigente devido a *vacatio* de 1(um) ano após a data da publicação oficial, prevista no art. 1.045 do Novo CPC.

No Livro V (arts.294 a 310) da nova lei adjetiva, o legislador dispõe sobre a tutela provisória, que se divide em: Disposições gerais (Título I), Tutela de Urgência (Título II) e Tutela de Evidência (Título III).

O Título II do livro V, por sua vez, se divide: Capítulo I (Disposições Gerais); Capítulo II (Do Procedimento Da Tutela Antecipada Requerida Em Caráter Antecedente) e



Capítulo III (Do Procedimento Da Tutela Cautelar Requerida Em Caráter Antecedente).

Pela estrutura topográfica, percebe-se que a comissão de juristas, responsáveis pela feitura do Projeto, buscou um tratamento mais homogêneo entre a cautelar e a antecipação de tutela, não adotando a classificação exposta supra de DIDER (tutela cautelar sendo definitiva e a antecipada como provisória- tabelas 1 e 2). A unificação de tratamento confere maior celeridade e efetividade a prestação jurisdicional, incluindo uma maior economia processual

Para facilitar a apreensão, colaciona-se o quadro esquemático elaborado por Rafael Alvim¹⁸:

Tabela 4- Quadro esquemático da Tutela Provisória

Fonte: <http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/06/17/tutela-provisoria-no-novo-cpc/>

.A tutela provisória de urgência é regulada nos artigos 300 a 310 do novo Código de Processo Civil, nos artigos 300 a 302 estão contidas as disposições gerais, nos artigos 303 e 304 trata do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e nos artigos 305 a 310 trata do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

¹⁸ ALVIM, Rafael. Tutela Provisória no Novo CPC. Instituto de Direito Contemporâneo. Disponível em: < <http://www.cpcnovo.com.br/blog/>>. Acesso em: 01/07/2015.

Pela leitura das disposições gerais, se extrai a conclusão de que houve unificação dos requisitos para a concessão seja da tutela cautelar ou antecipada:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1o Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2o A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3o A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Assim, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* tornaram-se requisitos específicos para a cautelar e a tutela antecipada, abandonando esta, a condição de prova inequívoca de verossimilhança.

Continuando, o Novo Código não faz mais qualquer distinção entre os procedimentos para o requerimento da cautelar e da antecipação, abandonando a sistemática anterior de autonomia do processo cautelar. A distinção de procedimento ocorre por razão do momento em que deve ser concedida a medida, se em caráter antecedente ou de modo liminar.

Nota-se que além da tutela cautelar destinada a assegurar o resultado final do provimento definitivo, existe a tutela antecipada do próprio mérito do processo principal. De modo que se pode falar em medidas provisórias de natureza cautelar e medidas provisórias de natureza antecipatória, estas de cunho satisfativo e aquelas de cunho preventivo.

Tanto a medida cautelar como a medida antecipatória representam provimentos de cunho emergencial adotadas em caráter provisório, distinguindo-se na sua substância, enquanto a primeira assegura a pretensão a segunda a realiza de pronto. Aproxima-se do direito europeu a regulamentação da tutela provisória no novo Código de Processo Civil.

Com isso, a nova sistemática processual civil extirpou todos os procedimentos específicos, ou especiais como queria alguma doutrina, das cautelares nominadas, passando a ser todas as cautelares inominadas.

Nesse diapasão, o que definirá a natureza da tutela de urgência a ser aplicada no caso concreto será a finalidade do provimento, ou seja, se for satisfazer o direito material para

eliminar risco de perecimento ou dano será uma tutela satisfativa (ou antecipada), e se tiver como objetivo acautelar estado de pessoa ou coisa a fim de garantir o resultado útil do processo ter-se-á tutela cautelar.

Assim, cabe ao juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, conceder a medida mais adequada. Essa ampla discricionariedade, que se infere da simplificação das tutelas de urgência, possibilita, inclusive, maior fungibilidade entre suas espécies já que exigem os mesmos requisitos para sua concessão, nesse sentido:

Art. 301 - 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 asseguuração do direito.

O juiz poderá exigir, para a concessão da tutela de urgência, caução real ou fidejussória idônea, a qual terá por finalidade garantir o ressarcimento dos danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo ser dispensada se a parte for economicamente hipossuficiente ou não puder oferecê-la (art. 300, §1º). O dispositivo guarda conexão com o artigo 302, que estabelece as hipóteses nas quais, sem prejuízo de eventual indenização por dano processual, a parte beneficiária da tutela de urgência responderá pelos prejuízos que a efetivação da medida houver causado à outra parte:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

O parágrafo único desse dispositivo ainda estabelece que a “indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.”,

estabelecendo a eficácia executiva do provimento judicial que reconheça o dano sofrido pela parte que suportou a tutela de urgência.

A previsão contida no art.284 do projeto de Lei 166/2010 (em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz pode conceder medidas de urgência de ofício) não vingou no projeto substitutivo da Câmara (PL 8046/2010), não encontrando correspondente na Lei 13.105/2015.

Art. 284. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.

Contudo, ainda se percebe uma ampliação do Poder Geral de Cautela conferido ao juiz, inclusive com o incremento da possibilidade de concessão de tutela antecipada *ex officio* e *inaudita altera pars*.

Outro dispositivo que não vingou na forma como foi concebido na redação final do Código foi o art. 290 do Projeto de lei 166/2010, que estatua a estabilização dos efeitos da tutela concedida:

Art. 290. As medidas conservam a sua eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, em decisão fundamentada, exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva

Entretanto, a ideia do dispositivo supra citado foi consagrada no disposto no art. 296 e 304 e seus parágrafos. Este comando revela a perenidade da medida de urgência concedida em virtude da inércia da parte adversa, verdadeiro ônus processual, que em muito se assemelha aos efeitos da revelia:

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

O dispositivo se refere expressamente à tutela antecipada. O instituto da estabilização dos efeitos da cautelar não foi estendido sua aplicação às cautelares, em virtude da primazia de sua nota instrumental, não obstante a homogeneização do tratamento conferido as medidas de urgência, que ainda guardam peculiaridades próprias de cada instituto.

Primeiramente, antes da análise da nova configuração assumida pela medida cautelar no novo Código de Processo Civil é indispensável um olhar para a legislação que está por ser revogada, a fim de se entender melhor as alterações que estão por vir.

7.1 Procedimento cautelar no Novo CPC

Passando agora à análise do novo CPC, o requerimento de tutela cautelar pode ser incidente ou antecedente, estabelecendo o Código diferenças de requisitos e quanto ao procedimento, para as duas modalidades.

O Novo Código de Processo Civil não possui um título ou capítulo próprio para a tutela cautelar e para a tutela antecipada distintamente, mas institui um livro destinado a tutela provisória que engloba a tutela provisória de urgência, antecipada e cautelar, e de evidência.

O artigo 301 do Novo CPC apenas especifica 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.

Neste ponto se assemelha ao Código de Processo Civil de 39 ao fixar apenas os requisitos gerais da tutela de urgência cautelar, sem criar cautelares típicas com requisitos próprios.

Em relação à tutela cautelar em caráter antecedente, preferiu o NCPC adotar procedimento distinto.

A petição inicial “indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (NCPC, art. 305, caput). O réu será citado para contestar o pedido de tutela provisória em 05 dias, indicando as provas que pretende produzir, situação na qual o procedimento comum deverá ser observado. Não contestando, presumir-se-ão aceitos os fatos alegados na exordial e o juiz deve decidir a tutela provisória em 05 dias (arts. 306 e 307)

A disciplina legal buscou suprir a lacuna deixada pela supressão do processo cautelar autônomo, posto que era necessário um mecanismo que pudesse ofertar a parte o

requerimento cautelar sem ter que demonstrar de plano o pleito principal, ou seja sem ter que demonstrar de plano as provas que pretende produzir. Nessa formatação, justifica-se a veiculação da pretensão cautelar mediante uma petição inicial proposta no bojo processual em que será formulado, posteriormente, o pedido de tutela definitiva, no juízo competente para o conhecimento do pedido principal, ao teor do já citado art. 299 do Novo CPC.

Nesse sentido previu o art. 305:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303

Na petição inicial poderá pleitear liminar *inaudita altera pars*, podendo o magistrado para concedê-la sem justificação prévia do requerido, exigir que o requerente garanta o juízo:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Será requisito da inicial a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, consagrados na expressão probabilidade do direito e perigo de dano do supra citado art. 300.

A limitação da irreversibilidade da decisão continua a constituir requisito negativo apenas da tutela de urgência de natureza antecipa, pelo que se extrai do art. 300, §3º, já referido.

Destaca-se que haverá ainda a possibilidade de realização de justificação prévia para a concessão da tutela de urgência (art. 300, §2º).

Como requisito da exordial o valor da causa irá se referir aos pedidos da lide principal.

Ao analisar a peça inicial, caso o magistrado verifique a impossibilidade de concessão da cautelar por falta de elementos, poderá determinar a emenda, em analogia ao procedimento previsto para a tutela antecipada em caráter antecedente:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

(...)

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Não sendo necessária a emenda, ou após esta, o juiz determinará a citação do requerido, o qual disporá de cinco dias para contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir, sendo obrigatório constar no mandado de citatório a advertência de que, a não impugnação da decisão e/ou da liminar concedida fará com que haja a presunção de veracidade dos fatos, conforme disponha a legislação anterior, o comando foi repetido no art.250 e 306:

Art. 250. O mandado que o oficial de justiça tiver de cumprir conterà:
II - a finalidade da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para contestar, sob pena de revelia, ou para embargar a execução;

Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

A previsão que continha o PL 166/2010 no artigo 281, § 2º (“deferida liminarmente a medida urgente ou evidente postulada em caráter antecedente ao pedido de tutela principal, não havendo impugnação pelo réu, após a sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.”) não prosperou na redação definitiva da lei 13.105/15, posto que, houve previsão da presunção de veracidade dos fatos ao invés da consagração da eficácia imediata da cautelar requerida:

Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum

Assim, praticamente se adotou a sistemática anterior da aplicação dos efeitos da revelia quando da não contestação pelo requerido, abrindo mão de importante inovação que possibilitava não apenas a presunção de veracidade dos fatos alegado, mas ia além ao permitir que o juiz deferisse de pronto a cautelar requerida, prestigiando a efetividade. Essa era a ideia do projeto original que se extrai da Exposição de Motivos do Novo Código:

“A tutela de urgência e da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal. Não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada. Impugnada a medida, o pedido principal deve ser apresentado nos mesmos autos em que tiver sido formulado o pedido de urgência.”

O prazo para contestar continua a ser da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido; ou de intimação do requerido de haver-se efetivado a medida, sendo computado da mesma maneira da estabelecida na legislação anterior:

Art. 224. Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados **excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento.**

Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:

I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;

II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça;

III - a data de ocorrência da citação ou da intimação, quando ela se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria;

IV - o dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou a intimação for por edital;

V - o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica;

VI - a data de juntada do comunicado de que trata o art. 232 ou, não havendo esse, a data de juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta;

VII - a data de publicação, quando a intimação se der pelo Diário da Justiça impresso ou eletrônico;

VIII - o dia da carga, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos, em carga, do cartório ou da secretaria.

Com a contestação, conforme a disposição legal do art. 307, parágrafo único, será observado o rito comum ordinário, surgindo a possibilidade de procedimento instrutório, para, após, ser proferido o julgamento.

Nesse ponto há forte crítica doutrinária pelo tratamento uniforme das tutelas de urgência, visto que nesse momento (após a contestação) haverá uma análise do magistrado da plausibilidade do direito antes mesmo do pedido principal, explica-se, com a contestação do requerido o juiz ao analisar os requisitos para a concessão da cautelar irá se imiscuir na lide principal, uma vez que o *fumus boni iuris* representa a probabilidade do autor alcançar sucesso na lide principal.

Inovação trazida pelo art. 308 diz respeito a concretização do sincretismo processual, dado que, após a concessão da medida cautelar, o pedido principal será requerido nos mesmos autos da medida antecedente (que poderia, inclusive, ter sido realizado na petição inicial que requereu a concessão cautelar), sem necessidade de distribuição por dependência, prestigiando a celeridade processual:

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Quando da inicial o autor, para requerer a tutela cautelar, deve que demonstrar o fundamento da lide principal, devendo formular, nos mesmos autos e sem novas custas, o pedido principal (que também poderá vir acompanhado de requerimento de tutela antecipada) no prazo de 30 dias, sob pena de cessação da eficácia da tutela cautelar concedida (NCPC, arts. 308, caput e §§1º e 2º, e 309, I).

Com a concessão da cautelar surgiu a possibilidade de aditamento dos pedidos principais pela previsão exposta no §2º do art. 300.

Nessa momento, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou mediação, seguindo-se o rito previsto nos artigos 334 e 335 do Novo Código.

Cabe ressaltar que o Novo Código também previu hipóteses em que há perda da eficácia da medida cautelar:

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Muito semelhante à previsão contida no art. 800 CPC/73:

Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;

III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.

Além disso, “o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição” (art. 310), já que constituem medidas independentes:

Observa-se, portanto, que, a depender da natureza satisfativa ou puramente cautelar, há uma diferenciação clara de procedimentos quando se tratar de uma tutela provisória de urgência concedida em caráter antecedente

Importa ressaltar que o recurso cabível da decisão liminar que concede ou denega a tutela provisória é o agravo de instrumento nos termos do artigo 1.015 do novo Código de Processo Civil. Da sentença que confirma ou revoga a tutela é cabível a apelação, artigo 1.009 do Código.

Ponto essencial diz respeito a falta de regulamentação específica para a cautelar requerida em caráter incidente, contudo algumas disposições gerais sobre as tutelas provisórias contidas nos artigos 294 a 299 do CPC conseguem suprimir a lacuna legislativa:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Quando requerida incidentalmente a medida cautelar funcionará como um incidente processual, devendo ser postulada por meio de petição própria e que será distribuída por dependência e sem o pagamento de custas, conforme dispõe o art. 295 e 299 da lei 13.105/05:

Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória

será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

7.2 A cautelar e a tutela antecipada na lei 13.105/2015

A tutela de urgência, espécie de tutela provisória, subdivide-se em tutela de urgência antecipada e tutela de urgência cautelar, que podem ser requeridas e concedidas em caráter antecedente ou incidental (art. 294, parágrafo único). De tanto a doutrina tentar diferenciar as tutelas antecipada e cautelar, o resultado alcançado foi a aproximação entre essas duas tutelas jurisdicionais fundadas na urgência, isto é, na necessidade que seja dada uma solução, ainda que provisória, a determinada situação grave e que tem o tempo como inimigo.

Muito se discutiu sobre a diferenciação prática, e que possui inegável reflexo jurídico, entre tutela antecipada e tutela cautelar antes do advento da tutela antecipada (lei no 8.952/1994), mesmo depois dela e até a inserção do § 7º no artigo 273 do CPC/1973 (lei no 10.444/2002).

A clássica doutrina processualista concebia como nota distintiva fundamental do tipo de tutela cautelar a característica de resguardar a tutela definitiva, na preservação do contexto processual para uma futura e útil operação da tutela definitiva.

Contudo, as necessidades práticas sucumbiram esse arranjo ideal impondo a expansão das cautelares, surgindo cautelares ditas satisfativas.

Em virtude de, originalmente, o sistema de 1973 não permitir, via de regra, a possibilidade de uma tutela provisória, a praxe passou a se utilizar do procedimento cautelar para tal finalidade, o que para alguns constituía um verdadeiro desvirtuamento do instituto, pois, extravasaria seus estreitos limites.

Em virtude de tal ocorrência, começou a surgir diferenças entre cautelar propriamente dita - que resguarda o direito, colocando-o fora de risco – e a cautelar satisfativa, que satisfaz o direito subjetivo durante a marcha do processo.

Esta tendência tem respaldo em alguns julgados dessa época:

“PROCESSUAL CIVIL. POLICIAL MILITAR REFORMADO. INDENIZAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. RESTABELECIMENTO.

MEDIDA CAUTELAR SATISFATIVA. 1. A competência do juízo de primeiro grau para conceder Medida Cautelar deve ser afastada quando se busca atacar ato de autoridade, impugnável pela via do Mandado de Segurança perante o Tribunal de Justiça. 2. A medida cautelar tem caráter nitidamente assecuratório, visando resguardar o perecimento do direito pelo decurso do tempo, sob pena de torná-lo inóquo; **somente em casos excepcionais, a jurisprudência reconhece o caráter satisfativo da Medida Cautelar** 3. Recurso conhecido e provido.” (STJ, REsp 210.664/CE, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/1999, DJ 27/09/1999, p. 113).

Contudo, este julgado se mostra minoritário na própria corte do STJ, a qual possui maior inclinação para a atribuição da característica meramente instrumental ao procedimento cautelar.

Com o surgimento da tutela antecipada no ordenamento processual (artigo 273 do CPC), a distinção persistiu na medida em que servia de individualizava os pedidos cautelares (resguardavam o resultado útil da decisão) daqueles que eram antecipatórios (antecipavam os efeitos de uma sentença favorável).

O Novo CPC, dando continuidade, também adota a terminologia clássica e distinguir a tutela provisória, fundada em cognição sumária, da definitiva, baseada em cognição exauriente. Daí porque a tutela provisória (de urgência ou da evidência), quando concedida, conserva a sua eficácia na pendência do processo, mas pode ser, a qualquer momento, revogada ou modificada (art. 296). Ainda, cabe dizer que a competência para o seu conhecimento será do juízo da causa ou, quando requerida em caráter antecedente, do juízo competente para o pedido principal (art. 299), podendo o magistrado determinar as medidas que considerar adequadas para a sua efetivação (art. 297).

No Novo CPC houve uma acentuação das características distintivas entre cautelar e antecipação, na perspectiva da finalidade acautelatória ou satisfatória da tutela (artigos 303 e 305 do Novo CPC).

Embora seja perceptível a predisposição do legislador de tratar a tutela cautelar e antecipada conjuntamente como espécies de tutelas de urgência, em oposição à tutela de evidência, primando pela manutenção expressa da fungibilidade entre as elas (artigo 305, parágrafo único, do Novo CPC), o Código estabelece diferenciação procedimental para os

pedidos respectivos quando realizados de forma antecedente, conforme já exposto nos itens 5.2 e 5.3 supra.

Nesse sentido, o art. 300, caput, do Novo Código, traz os requisitos comuns para a concessão da tutela provisória de urgência (seja ela antecipada ou cautelar) quais sejam: a) probabilidade do direito (*fumus boni iuris*); e b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

Observa-se que o Novo CPC acertadamente abandonou a expressão “prova inequívoca da verossimilhança”, ainda presente no vigente art. 273 do CPC/73. A conclusão restou estampada no Enunciado nº 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹⁹: “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”.

O Código, em uma de suas maiores inovações na seara das medidas de urgência, estabeleceu a estabilização dos efeitos da concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (artigo 304 do Novo CPC), dispensando o processo principal. Dessa forma, se a tutela antecipada é concedida mas o réu a ela não se opõe, a decisão se estabiliza e autoriza desde logo a extinção do processo. Tal efeito possui inspiração no *référé provision* do direito francês, o qual permite que o processo se baste com a concessão da tutela provisória. Na praxe, se verifica que muitas lides tem seu curso até essa fase, posto que, o réu, ciente de que não tem argumentos, opta por não prolongar a lide. Por efeito, o benefício é geral, para o autor que teve o seu pleito atendido e para a Justiça que evita um longo processo.

Pelo CPC de 2015, o réu só poderá rever, reformar ou invalidar a decisão estabilizada através de um novo processo, com a propositura de ação autônoma e desde que isso ocorra dentro do prazo de dois anos. Tal decisão, contudo, como é natural, não possui a qualidade da coisa julgada diante da inexistência de cognição exauriente. Um ponto merece destaque: a nova ação deverá ter o ônus probatório invertido (o ônus da prova deve permanecer com o autor originário, o qual agora será réu).

A tal mecanismo não foi atribuída à tutela cautelar. De fato, não obstante a aproximação sistemática e principiológica dos institutos, seria indefensável a aplicação da estabilização dos efeitos da tutela antecipada à cautelar, principalmente do realce em seu traço instrumental.

¹⁹ Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/03/Carta-de-Belo-Horizonte.pdf>

Outro traço distintivo se refere a irreversibilidade do provimento, limitação exclusiva da tutela antecipada (artigo 300, § 3º, do Novo CPC), antecedente ou incidental, não se aplicando à tutela cautelar.

Essas diferenças delineadas pelo Código, principalmente nos regramentos das tutelas pedidas de modo antecedente, trazem à baila a necessidade de distinção entre tutelas assecuratórias (cautelares) e satisfativas (tutela antecipada).

O juiz de posse do pedido de tutela urgente, requerido de maneira antecedente, deverá estabelecer a natureza da tutela requerida (cautelar ou antecipada), já que, em havendo fungibilidade entre ambas, no caso de incorreção do pedido feito pelo autor, haverá adaptação do requerimento e do procedimento *ex officio*, decisão atacável por meio do recurso de agravo de instrumento.

8 CONCLUSÃO

A busca por avanços na legislação do país é sempre providência salutar e bem-vinda, pois a todos interessa a existência de leis constitucionais e adequadas à realidade brasileira e, no caso específico do processo civil, que atendam às garantias constitucionais da celeridade processual e da razoável duração do processo.

Contudo, equivocada é a premissa de que apenas a modificação na legislação é capaz de alterar a natureza e a realidade das coisas. Não é com mudança de legislação, apenas, que serão melhoradas as condições da justiça brasileira e o tempo de duração dos processos, bem como a qualidade da prestação jurisdicional pelos juízes e tribunais do País.

O CPC vigente, de 1973, constitui-se como umas das leis processuais mais avançadas do mundo. A lei 13.105/2015, veio aprimorar a sistemática para tentar equacionar o problema do estoque dos processos nos escaninhos dos órgãos do Poder Judiciário, principalmente nos tribunais superiores.

Após vinte anos, o novo CPC adota um sistema muito mais simplificado. Ele unifica o regime, estabelece os mesmos requisitos para a concessão e traz a fungibilidade como característica das tutelas cautelar e preventiva.

A lei 13.105/2015 buscou reduzir o número de processos distintos, e que teologicamente possuíam a mesma finalidade, para desenvolver um modelo de processo compatível com a sociedade contemporânea, onde a simplificação do sistema permita ao magistrado centrar seus esforços no mérito da causa, mas não lhe sendo vedado, contudo, a resolução de questões secundárias que possuem ligação direta ou indireta com a lide, no bojo da mesma relação processual, otimizando os recursos judiciais e dando maior efetividade a prestação jurisdicional, consagrando o sincretismo processual, e nesse ponto, muito festejado pela doutrina processualista.

A tônica se deu em virtude da busca pela simplificação, conforme se depreende da exposição de motivos:

“Extinguiram-se também as ações cautelares nominadas. Adotou-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida. Disciplina-se também a tutela sumária que visa a proteger o direito evidente, independentemente de *periculum in mora*. O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano. Ambas essas espécies de tutela vêm disciplinadas na Parte Geral, tendo também desaparecido o livro das Ações Cautelares”.

Percebe-se, ainda, a uniformização, bem como, dos requisitos autorizadores das tutelas de urgência. Tanto para a concessão da tutela satisfativa quanto para a cautelar, basta apenas a demonstração de elementos que evidenciem a plausibilidade do direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Mesmo com a supressão dos procedimentos cautelares autônomos, se observa a preservação do objetivo primordial das tutelas de urgência: assegurar a efetividade da lide

principal que pode não subsistir diante o perigo decorrente da demora do julgamento do processo.

Todavia, esta não é uma concepção pacífica. Uma das maiores críticas que o projeto recebeu foi justamente a eliminação dos procedimentos cautelares específicos, em virtude de que poderia causar insegurança jurídica, ou ferir o contraditório e a ampla defesa devido a abreviação do rito de cognição.

Outra grande reprimenda que o Novo CPC terá de enfrentar diz respeito a ampliação dos poderes conferidos ao juiz, pois o magistrado terá uma ampla margem de escolha no caso concreto. Tal inovação encontra resistência, posto que se afigura como concentração excessiva de poderes nas mãos do julgador, a quem incumbirá a definição dos rumos do processo.

Ousa-se discordar deste posicionamento, tendo em vista que tais mudanças foram necessária ao sistema processual a fim de adequá-lo aos princípios e normas positivados no novo texto constitucional, em consonância com um modelo processual Cooperativos, mas consentâneo com a sociedade democrática do que os propostos pelos princípios do Dispositivo e Inquisitivo.

Pode-se sintetizar as principais alterações substanciais no âmbito da tutela de urgência em:

- a) extinção do processo cautelar autônomo e das medidas cautelares nominadas;
- b) uniformização da disciplina da tutela de urgência, ensejando a unificação do procedimento e requisitos para as tutelas cautelar e satisfativa;
- c) a possibilidade de requerer tutela de urgência satisfativa ou cautelar antes do pedido principal de tutela definitiva na mesma relação processual em que será formulado; e
- d) a possibilidade de tutela satisfativa de ofício;

Alguns autores externam certa preocupação quanto à extinção do processo cautelar autônomo e, conseqüentemente, da falta de disciplina procedimental específica das tutelas de urgência concedidas incidentalmente em processos de execução ou em fase executiva de cumprimento de sentença. Sustentam que tal inovação pode vir a constituir-se uma supressão do contraditório, inviabilizando a possibilidade de que a parte prejudicada apresente qualquer argumento capaz de influenciar a tomada de decisão por parte do magistrado. Dessa forma, pugnam por uma interpretação da nova legislação que respeite todos os princípios constitucionais e que seja garantido a adequada resolução da lide, levando-se em consideração

não cada um de forma isolada, mas como partes do sistema que é o ordenamento jurídico brasileiro, como forma de se alcançar a almejada justiça processual.

Contrariamente a posição dessa doutrina, acreditamos que o que se tem por excesso de simplicidade, na verdade configura desburocratização dos procedimentos, com aptidão para concretizar o Devido Processo Legal na sua acepção substancial.

Outra crítica se baseia na insegurança jurídica discutida como um possível problema decorrente da extinção do processo cautelar. Insustentável tal questionamento em face ao cuidado da Comissão técnica de juristas responsáveis pela elaboração do Projeto de Novo CPC em elencar dispositivos que estiverem em conformidade com a Constituição Federal.

Tais mudanças tiveram o intento de promover um efetivo e adequado acesso à Jurisdição e a construção/ desenvolvimento de um processo que alcance a sua *ratio essendi*: entregar o bem da vida ao seu titular, prestigiando valores fundantes da ordem jurídica constitucional nacional: efetividade, duração razoável, adequação e segurança jurídica da prestação da tutela jurisdicional, em uma leitura, cada vez mais, constitucional do processo civil.

Nelson Nery Jr. sustenta o que o Novo “Código será autoritário, instalará a ditadura dos tribunais e descumprirá o já tão menosprezado direito de ação, garantia constitucional que deverá ser tratada como cláusula de algodão, porque de pétreia parece que não terá mais nenhum vestígio”²⁰. A ilação do autor se fundamenta no maior prestígio dado pelo novel diploma a jurisprudência vinculante, inconcebível na sua visão em um estado constitucional.

Registra-se, finalmente, o aumento do poder de decisão do juiz, porém essas decisões deverão obedecer ao princípio da Motivação.

A aplicação das leis e/ou sua efetividade sofrem influências das mazelas culturais, econômicas e sociais próprias de país em desenvolvimento e que está caminhando a passos lentos para a estabilização das instituições democráticas.

O Novo CPC tem o relevante mérito de adaptar o processo à realidade de um país com uma nova Constituição (1988) e uma sociedade em transformação.

O desafio posto aos operadores do direito será o de bem compreender e aplicar da melhor forma possível as mudanças ocorridas nas tutelas de urgência para atingir os objetivos do código: da efetividade e celeridade.

²⁰ Avanços e retrocessos do novo CPC Nelson Nery Jr

9 SUGESTÕES PARA TRABALHOS FUTUROS

Sugere-se como aprofundamento do tema, e para enriquecimento do debate, a elaboração de trabalhos futuros concernentes à supressão do processo cautelar e o cerceamento do Princípio do Contraditório.

De igual modo, mostra-se oportuno a investigação dos resultados práticos almejados pelas inovações legislativas se efetivaram na praxes, através de estudos quantitativos de casos de concessão de cautelares, confrontados, comparativamente, com o número de processos extintos sem julgamento do mérito nos processos cautelares do CPC/73.

Outra perspectiva, se fazer presente na persecução da eficácia dos provimentos judiciais perante a nova roupagem das cautelares.

De outra monta, o ensaio na praxe forense sobre a concretização da efetividade processual e da celeridade por meio das medidas de urgência mais informais e fungíveis se mostra muito profícuo e apto a colaborar com a avaliação das alterações, bem como controlar o cumprimento dos objetivos almejado, podendo sugerir, ainda, novas alterações legislativas que corrijam possíveis imperfeições averiguadas na prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Rafael. Tutela Provisória no Novo CPC. Instituto de Direito Contemporâneo. Disponível em: < <http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/06/17/tutela-provisoria-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 01/07/2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Ordinária PL 8046/2010. Revoga a Lei a nº Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973 e institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A9C29AC7570FA409A7F0B43908079A92.proposicoesWeb1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010> . Acesso em: 10 de março de 2015. Texto Final.

BRASIL, Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> . Acesso em: 21 de março de 2015

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade Mecum Rideel**. 7ª Ed. São Paulo: Rideel, 2014. p.19-115.

BRASIL, Lei n° 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Vade Mecum Rideel**. 19ª Ed. São Paulo: Rideel, 2014. p.247-320.

BRASIL, Lei n° 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em 21-03-2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial Repetitivo n.1.349.453/MS. Relator: SALOMÃO, Min. Luis Felipe. Publicado no DJe de 2-2-2015. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>> Acessado em 15-03-2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos- 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil - v.2 – 9ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil: volume 3- 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014

CRUZES, Maria Soledade Soares. O sincretismo do processo civil brasileiro: uma análise da viabilidade de um sistema processual único e multifuncional. Vitória da Conquista-BA.2009 Disponível em: <<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/854/861>>. Acesso em: 28/02/2015.

GUTIER, Murillo Sapia. Teoria do processo cautelar: características e classificações doutrinárias. Jus Navegandi. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/14548/teoria-do-processo-cautelar-caracteristicas-e-classificacoes-doutrinarias>>. Acesso em: 15/03/2015.

LONDETI, Luiz Roberto Dal Pont. O sincretismo processual e a execução dos títulos judiciais para pagamento de quantia no Direito Processual Civil Brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, São José (SC), 2004. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Luis%20Lodetti.pdf>>. Acesso em: 10/03/2015.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel- Código de processo Civil Comentado artigo por artigo. São Paulo; revistas dos Tribunais, 2008.

_____ e ARENHAR, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil -Processo Cautelar- Vol. 4 - 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____ e ARENHAR, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil -Processo de Conhecimento- Vol. 2 - 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1º ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1992.

MONTENEGRO, Misael, Filho. Curso de direito processual civil, vol. 3- 6º ed.- São Paulo: Atlas, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção- Manual de Direito Processual Civil- 5. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Método, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção- Novo Código de Processo Civil, São Paulo: Método, 2015.

NERY, Nelson, Jr. Avanços e retrocessos do novo CPC), 2015. Disponível em: <
[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI213604,81042-
Avancos+e+retrocessos+do+novo+CPC](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI213604,81042-Avancos+e+retrocessos+do+novo+CPC) > . Acesso em: 07/07/2015.

THEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.