

REVISÃO DA AUTONOMIA DO PROCESSO CAUTELAR

IARA ALVES CORDEIRO PACHECO(*)

Sumário: 1. Tutela jurisdicional; 1.1. Introdução; 1.2. Processo; 1.3 Tempo e Processo; 2. Modalidades da tutela jurisdicional; 2.1. Processo de conhecimento; 2.1.1. Processo condenatório; 2.1.2. Processo declaratório; 2.1.3. Processo consiliativo; 2.2. Processo executivo; 2.3. Processo cautelar; 3. Tutela cautelar; 3.1. Origens históricas; 3.2. Direito comparado; 3.2.1. Sistema da common law; 3.2.2. Sistema da civil law; 3.3. Processo cautelar brasileiro; 4. Conceito; 4.1. Teoria de Chiovenda; 4.2. Teoria de Calamandrei; 4.3. Teoria de Carne-lutti; 5. Características da tutela cautelar; 5.1. Instrumentalidade; 5.2. Cognição sumária; 5.3. Provisoriedade; 6. Condições e mérito da ação cautelar; 6.1. Condições da ação; 6.2. Mérito na ação cautelar; 6.2.1 Fumus boni juris; 6.2.2 Periculum in mora; 7. Autonomia da tutela cautelar; 7.1 Evolução doutrinária; 7.2 Direito substancial de cautela; 7.3 CPC de 1973; 7.4 Tutela antecipada; 8. Revisão da autonomia do processo cautelar; 8.1. Argumentos; 8.2 Argumentos a favor; 9. Conclusões; 10. Bibliografia.

1. TUTELA JURISDICIONAL

1.1. Introdução

Vivendo os homens em sociedade, mantêm entre si diversos tipos de relações.

As mais importantes são as chamadas relações jurídicas, reguladas pelo Estado, por meio das quais são estabelecidos os direitos e deveres dos cidadãos.

(*) Advogada, Mestranda pela USP e juíza aposentada do TRT da 15ª Região.

Em sua maior parte, tais normas estabelecidas pelo Estado são cumpridas pelos sujeitos das relações jurídicas. Todavia, em muitas ocasiões isso não acontece, surgindo um conflito de interesses que precisa ser solucionado, a fim de que volte a reinar a paz social.

Assim, da mesma forma que o Estado formulou normas de direito material ou substancial, precisou estabelecer mecanismos que assegurassem a atuação dessas regras substanciais, quando não cumpridas espontaneamente, desde que tomou para si o poder de resolver os conflitos, proibindo que os cidadãos fizessem justiça "por suas próprias mãos".

Esses mecanismos são regulados pelas normas de direito processual, constituindo o processo o instrumento que o Estado utiliza para a realização da prestação jurisdicional.

1.2. Processo

Inicialmente vigorou a teoria unitária, no sentido de que o processo era uma simples manifestação do direito material violado. Assim, direito e processo constituiriam uma única entidade, ou as duas faces de uma mesma moeda.

Com a evolução dos estudos referentes às regras desenvolvidas para a prestação da tutela jurisdicional, constatou-se que direito substancial e processo não se confundem, já que muitas vezes o poder jurisdicional é acionado, concluindo-se ao final que, efetivamente, não existia o direito anuciado.

Empolgados com essa descoberta, os processualistas desenvolveram exaustivas pesquisas em torno da disciplina, principalmente a partir dos estudos de *Bulow*, recebendo o direito processual o título de verdadeira ciência e vindo a ser demonstrada sua verdadeira autonomia.

Alcançado esse patamar e tornando-se cada vez mais complexas as relações jurídicas da sociedade moderna, com o aumento dos conflitos, exigindo soluções mais rápidas, voltaram-se os estudiosos para um outro escopo do processo — o social, que clama pela *efetividade* da prestação jurisdicional.

Essa efetividade está jungida não somente ao dano marginal, causado pelo tempo decorrido para a prestação da tutela jurisdicional, mas também pela eficácia do instrumento utilizado tendo em vista a natureza do direito substancial a ser garantido ou restaurado ou indenizado.

Esse último tópico suscitou uma releitura da autonomia entre direito e processo, no sentido de relativizar o binômio.⁽¹⁾

(1) Kazuo Watanabe, "Controle Jurisdicional...", pág. 37; Bedaque, "Direito e Processo", págs. 12, 18, *passim*.

1.3. Tempo e processo

As primeiras preocupações dos processualistas ocorreram tendo em vista o direito material já violado, de ordem patrimonial e, portanto, passível de indenização, constituindo o processo de conhecimento, dito ordinário, o instrumento considerado adequado para a solução do conflito.

Possui procedimento alongado, de cognição plena, que garante com eficiência o devido processo legal, autorizando o julgador a apenas proferir o julgamento quando devidamente conhecedor dos fatos e amadurecidos os estudos sobre o direito substancial.

Além disso, a sentença proferida, considerando-se a apreciação do mérito da demanda, fará coisa julgada (após o julgamento de eventual recurso), resolvendo de forma definitiva o conflito (não obstante a possibilidade, em tese, da ação rescisória).

Assim, para o desenvolvimento regular do processo, em todo o seu iter procedimental, há necessidade de tempo; tempo esse que, inclusive, não corre de forma linear, acoplado somente aos atos do procedimento, mas que depende também da infra-estrutura do Poder Judiciário e da quantidade de demandas submetidas a cada juiz.

Por outro lado, as providências do sujeito do direito violado não podem ser tomadas de imediato, dependendo da reunião dos documentos necessários, da procura de um advogado particular ou da assistência judiciária gratuita, bem como dos estudos realizados pelo causídico para estruturar e ajuizar a demanda.

Tudo isso gera para as partes do processo (principalmente autor e réu) um desgaste material e emocional muito intensos, podendo, inclusive, dar margem para o nascimento de novos conflitos entre eles, além de resultar em desprestígio para o Poder Judiciário e para o próprio Estado.

Se é árduo o caminho na busca da solução de um conflito cujo direito material violado é de cunho patrimonial, é preciso imaginar como seria, se o mesmo percurso houvesse de ser trilhado para a solução de um conflito cujo direito material violado é de natureza personalíssima, para o qual é ineficaz a tutela ressarcitória.⁽²⁾

Por outro lado, de acordo com o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, a tutela jurisdicional não é prometida somente para o caso de lesão a direito, mas também para a ameaça de lesão a direito.

Assim, o cidadão que se sente ameaçado de lesão a um direito seu, pode buscar a tutela jurisdicional, no sentido de impedir que tal lesão venha a se concretizar. E, evidentemente, o modelo do iter processual do denominado processo ordinário constituiria instrumento totalmente inadequado para a solução desse tipo de demanda.

(2) *Bedaque*, "Tutela Cautelar...", pág. 16; *Marinoni*, "Novas Linhas", págs. 55/64.

Como diz *Ovídio Baptista Martins*: "O procedimento ordinário é bom para a plebe, porque o Estado quando necessita valer-se da tutela jurisdicional, cria para si próprio instrumentos especiais, em geral drástica e severamente sumários".⁽³⁾

Desta forma, o sistema de tutelas jurisdicionais precisa encontrar técnicas e instrumentos para, de maneira efetiva, cumprir o determinado na Carta Magna.

Este o desafio para os processualistas, a fim de que se torne verdadeira a assertiva de Chiovenda, no sentido de que "o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir".⁽⁴⁾

2. MODALIDADES DA TUTELA JURISDICIONAL

A tutela jurisdicional pode ser invocada em várias situações.

A mais comum é para buscar a solução de um conflito de interesses, em que será acolhida a pretensão do Autor ou a defesa do Réu, ou reconhecida parte de razão a ambos.

Em outras ocasiões, já existe uma sentença judicial com trânsito em julgado, que não foi espontaneamente cumprida, ou possui o cidadão um título extrajudicial, pleiteando do Estado atos de força para o seu cumprimento.

Numa terceira situação, o sujeito que se julga titular de um direito, cuja demanda já foi ajuizada, ou pretende ajuizar, teme pelo sucesso do processo porque, por exemplo, o bem da vida, objeto da demanda, pode vir a perecer por ato da parte contrária.

Aliás, nesta terceira situação, para certos doutrinadores, o que autorizaria a pretensão seria a existência de um direito substancial de cautela ou segurança ou prevenção, como analisaremos adiante.

2.1. Processo de conhecimento

No processo de conhecimento é buscada a solução de um conflito de interesses. Após o iter procedimental previsto no CPC, que propicia cognição plena, com observância do contraditório e demais pressupostos do devido processo legal, o feito é julgado, sendo acolhida ou não a pretensão do Autor.

Observada a classificação trinária das ações, encontramos três tipos de processos de conhecimento: condenatório, declaratório e constitutivo.

(3) "Teoria da Ação Cautelar", pág. 193.

(4) "Instituições", Vol. 1, pág. 46.

2.1.1. Processo condenatório

Desenvolve-se este tipo de processo quando o Autor apresenta demanda envolvendo o não cumprimento de um preceito ou violação de uma relação jurídica contratual, e pede a reparação prevista em lei ou no contrato, no sentido de restauração do estado anterior ou indenização monetária.

2.1.2. Processo declaratório

Neste tipo de demanda o Autor não pleiteia nenhuma sanção reparatória, mas a declaração de existência ou inexistência de determinada relação jurídica, a fim de resolver dúvidas ou incertezas. Assim, a tutela declaratória será positiva ou negativa.

Como se lê no artigo 4º, I, do Código de Processo Civil: "O interesse do autor pode limitar-se à declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica".

2.1.3. Processo Constitutivo

No processo constitutivo a tutela que se pede diz respeito à constituição, alteração ou extinção de determinada relação jurídica, em virtude da ocorrência de determinados fatos ou atos jurídicos.

Tanto neste processo, como no anterior (declaratório), a sentença proferida não gera título executivo.

2.2. Processo executivo

Quando transita em julgado a sentença proferida em processo condenatório, forma-se o título executivo, podendo o réu cumpri-lo espontaneamente. Se não o faz, é necessário que o exequente (ou credor) requeira nova tutela jurisdicional, solicitando que o Estado exerça seus poderes de coação para forçar o executado (ou devedor) a cumprir o que ficou determinado na *res judicata*.

Em alguns casos, determinadas relações jurídicas são reconhecidas pelo poder normativo do Estado como títulos executivos, chamados extrajudiciais, os quais possibilitam ao credor, desde logo, pleitear a tutela jurisdicional executiva.

2.3. Processo cautelar

O Código de Processo Civil reconhece, além das tutelas de conhecimento e de natureza executória, um *tertium genus*, que é a tutela jurisdicional cautelar.

Seu objetivo é garantir o resultado útil, tanto do processo de conhecimento como do processo de execução, atuando como instrumento do instrumento.

Nas palavras de *Carnelutti*: "Questa è la formula che si presta a uno svolgimento felice quando se ne ricavi che mentre il processo di cognizione

o di esecuzione serve alla tutela del diritto, il processo cautelare, invece, serve *alla tutela del processo*; pertanto la sua efficacia sulla lite è *mediata attraverso un altro processo*⁽⁵⁾.

3. TUTELA CAUTELAR

3.1. Origens históricas

Sydney Sanches⁽⁶⁾ anota que as origens históricas da tutela cautelar podem ser encontradas no Direito romano, sendo mencionadas algumas disposições no Digesto.

Assim, Paulo, no Digesto (16.3.6) define o *sequester*, como o depósito, em mãos de um terceiro, de uma coisa sobre a qual existia disputa, tendo aquele o dever de guardá-la e entregá-la ao vencedor.

Havia o sequestro do dote da mulher, quando o marido o colocasse em perigo, sequestro que era também necessário quando a mulher fosse louca (Digesto, 24.3.22, § 8).

Ainda, o sequestro de menores, conforme Digesto, 43.30.3, § 6, bem como a *missio in possessionem*, "pela qual o pretor determinava a entrega da coisa objeto do litígio a um litigante ou a um curador, enquanto não se encontrasse a outra parte para a demanda" (Digesto, 41.2.3 § 23).

Extrai *Sydney Sanches de Willard de Castro Villar* a assertiva de que o Direito romano conseguiu introduzir um verdadeiro poder geral de cautela, diante do poder de império de que eram dotados alguns magistrados (pretor em Roma, governadores nas províncias).⁽⁷⁾

Salienta o pensamento de *Luigi Ferrara*, de que o *imperium* do pretor romano seria o fundamento da Contempt of Court do Direito inglês.

Pontes de Miranda e *Ovidio Baptista da Silva* encontram as raízes dos procedimentos cautelares no procedimento interdital romano.⁽⁸⁾ Da mesma forma *Galeno Lacerda*⁽⁹⁾ e *José Roberto dos Santos Bedaque*⁽¹⁰⁾

Humberto Theodoro Júnior afirma que foi a doutrina alemã aquela que deu início aos estudos no sentido de sistematização dos procedimentos cautelares.⁽¹¹⁾

(5) "Diritto e Processo", pág. 356.

(6) "Poder Cautelar Geral do juiz", pág. 4/8.

(7) Ob. cit., pág. 5.

(8) *Ovidio*, "Teoria da Ação Cautelar", pág. 191.

(9) "Processo Cautelar". In RF 246/156.

(10) "Os interditos romanos são indicados, pois, como antecedentes da tutela cautelar, pois se assemelham às liminares atuais, contendo ordem de tutela provisória". "Tutela Cautelar e..", pág. 29.

(11) "Processo Cautelar", pág. 49.

3.2. Direito comparado

3.2.1. Sistema da common law

Nota-se a existência de dois modelos de tutela cautelar no direito estrangeiro: a) aquele em que predomina o poder cautelar do juiz, de forma genérica, embora também existam algumas medidas típicas: b) aquele que, mantendo o poder geral atípico, menos atuante, prevê a existência de inúmeras medidas típicas.

No sistema da *comon law*, o poder geral de cautela do juiz é o mais amplo possível, podendo escolher a medida que achar mais adequada para garantir o resultado da tutela jurisdicional, com fundamento no *contempt of Court*.

No entanto, *Galeno Lacerda* contesta essa assertiva, afirmando que “o *contempt of Court* não constitui procedimento cautelar, senão meio de impor sanções ao desrepeito às ordens e julgados emanados do poder judiciário”.⁽¹²⁾

Além disso, existem as *injunctions*, concedidas em caráter provisório, “após avaliação comparativa dos danos a serem causados às partes com a concessão ou não da medida (*balance of convenience*)”.⁽¹³⁾

Como regra, não existe procedimento cautelar autônomo, sendo as medidas integrantes do próprio procedimento ordinário.

Além disso, não obstante as medidas sejam deferidas em caráter provisório, podem vir a se tornar definitivas, se assim quiserem as partes, o que demonstra a maior preocupação com o resultado do processo do que com a técnica processual.⁽¹⁴⁾

3.2.2. Sistema da civil law

Nesse sistema a regra é especificar as situações que ocorrem na realidade e que são passíveis de proteção cautelar.

O Código de Processo Civil francês, de 1976, regula as *ordonnances sur requête* e as *référé*s, destinadas às situações de urgência.

A *référé-provision*, admitida pelo Decreto n. 1.122, de 17.12.73, tem finalidade antecipatória da futura decisão de mérito e admite execução imediata, podendo se tornar definitiva se, após a concessão, as partes não manifestarem interesse no prosseguimento do feito.

Na Espanha o art. 1.428 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* contém poder geral de cautela, para assegurar o cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer e dar coisa certa.

(12) “Comentários”, pág. 149.

(13) *Bedaque*, “Tutela Cautelar e”, pág. 34.

(14) *Bedaque*, “Tutela Cautelar e”, pág. 56.

Além disso, existem medidas típicas como o embargo preventivo, as medidas provisionais em matéria de casamento e medidas de segurança para a coisa litigiosa.⁽¹⁵⁾

Na Alemanha, durante muito tempo a tutela cautelar foi tratada pela doutrina como integrante da tutela executiva.

Além do poder geral de cautela o direito processual desses países mantém medidas típicas, com objetivo de evitar alteração do objeto do litígio e não comprometer a futura execução forçada.

Também existe a possibilidade de regulamentação provisória do litígio, para manter a paz entre as partes.

A lei italiana regula medidas conservativas típicas, bem como provimentos de urgência, considerados decorrentes do poder geral de cautela, contido no art. 700, que menciona: "Fora dos casos regulados nas seções precedentes, quem tenha fundado motivo de temer que, durante o tempo necessário para fazer valer seu direito em via ordinária, seja este ameaçado de prejuízo iminente e irreparável, pode pedir ao juiz as providências de urgência que pareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneas a assegurar os direitos da decisão, ou melhor, os efeitos da decisão na causa principal".

Essa regra acata o poder geral cautelar ou tutela cautelar atípica, permitindo a adaptação do provimento às circunstâncias do caso concreto.

Tornou-se verdadeiro substitutivo da tutela ordinária, o que motivou o legislador de 1990 a regulamentar de forma completa as medidas cautelares inominadas, inclusive no que diz respeito à inexistência de controle da decisão por outro órgão.

José Roberto dos Santos Bedaque assegura que a reforma pode ser examinada sob dois ângulos: "a) de um lado, por uma perspectiva estrutural e funcional, que diz respeito à necessidade de assegurar ao titular de um direito formas de tutela imediatas, e, b) de outro, à luz do comportamento das partes, apontando a necessidade de se evitar o abuso do direito de ação e de defesa".⁽¹⁶⁾

Salienta, ainda, que os provimentos antecipatórios dos arts. 186-bis (condenação de soma não impugnada) e 186-ter (provimento de injunção), "não configuram, todavia, pronunciamentos de natureza cautelar porque, embora precedidos de cognição sumária, são potencialmente aptos a se tornar definitivos, o que revela a ausência da instrumentalidade e da provisoriedade, características essenciais à tutela cautelar".⁽¹⁷⁾

(15) *Bedaque*, "Tutela Cautelar e...", pág. 39.

(16) *Bedaque*, "Tutela Cautelar e...", pág. 49.

(17) *Idem*, pág. 49/50.

3.3. Processo cautelar brasileiro

Informa *Sydney Sanches* que as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas continham disposições sobre a tutela cautelar, as quais vigoraram até o Regulamento 737, de 1850, que delas tratou no título destinado aos processos preparatórios, preventivos e incidentes (artigos 321 a 409).

Com o advento da República e com a dualidade da Justiça, passando os Estados a legislarem sobre direito processual civil, o Código de São Paulo, de 1930, cuidou da matéria nos artigos 11 e seguintes.

Surgiu com a Constituição Federal de 1934 a unificação do poder de legislação sobre processo, e o CPC de 1939 tratou da matéria no Livro V, destinado aos processos acessórios, contendo o artigo 675 regras sobre o poder geral de cautela.

Já com o CPC de 1973, o Livro I cuida do processo de conhecimento, o Livro II do processo de execução e o Livro III do processo cautelar. Recebeu, assim, autonomia estrutural que foi elogiada pela doutrina.

Outro ponto que mereceu encômios foi reconhecer, de forma expressa, um poder cautelar geral do juiz, já que a existência desse poder, com base no art.675 do Código de 1939 era fonte das maiores controvérsias, salientando *Sydney Sanches* que, embora a doutrina o admitisse de forma ampla, o mesmo não acontecia com relação aos juízes⁽¹⁸⁾

E, efetivamente, a remodelação do Código de 1973 cumpriu outra finalidade, muito importante, que foi o aprofundamento dos estudos sobre o tema. Narra *Ovidio* que, em 1957, quando se interessou pelo assunto existia apenas uma monografia, de Lopes da Costa.⁽¹⁹⁾

A Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, introduziu nos artigos 273 e 461, § 3º do CPC, a tutela jurisdicional antecipada, inovação que para uma parte da doutrina teria natureza de tutela cautelar.

4. CONCEITO DA TUTELA CAUTELAR

Como já vimos o direito romano conheceu alguns tipos de providências cautelares.

Foi a doutrina alemã que inicialmente se preocupou com a sistematização desse tipo de tutela, embora o fizesse tendo em vista, primordialmente, o processo de execução.

Todavia, foram os juristas italianos que aprofundaram os estudos e desenvolveram teorias sobre a concepção doutrinária do processo cautelar, ressaltando-se os nomes de *Chiovenda*, *Calamandrei* e *Carnelutti*.

(18) "Poder Cautelar Geral do juiz", pág. 15/16.

(19) "Teoria da Ação Cautelar", pág. 187.

4.1. Teoria de *Chiovenda*

Fala *Chiovenda* da necessidade de existirem medidas especiais destinadas a conservar o estado atual das coisas, antes de declarada a vontade concreta da lei (que se dá por meio do processo de conhecimento) ou para garantir sua futura atuação prática (que se dará no processo de execução).

Chama tais medidas de provisórias acautelatórias ou conservadoras e salienta que decorrem da "necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico."⁽²⁰⁾

Dá a essa tutela a categoria de ação, salientando: "O poder jurídico de obter uma dessas medidas é, por si próprio, uma forma de ação (ação assecuratória); e é mera ação, que não se pode considerar como acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe".⁽²¹⁾

Salienta duas condições para deferimento da medida, sendo uma delas o temor de um dano jurídico, cuja seriedade deve ser apreciada pelo juiz pelas circunstâncias dos fatos narrados e pela urgência.

A segunda condição se refere à possibilidade da existência do direito, que merece exame de forma superficial ou cognição sumária, diante da urgência.

4.2. Teoria de *Calamandrei*

Salientou *Calamandrei* a característica da *instrumentalidade* dos proventos cautelares.

Não possui o processo cautelar o objetivo imediato de resolver o conflito de interesses de forma definitiva, mas sim garantir que a resolução desse conflito, por meio do processo principal, venha a se concretizar. Mais que fazer justiça, o processo cautelar contribui para que a justiça seja feita.

Assevera: "Se todas as providências jurisdicionais são um instrumento do direito substancial, que se atua através delas, nas providências cautelares se encontra uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado; são, com efeito, de uma maneira inevitável, um meio predisposto para o melhor êxito da providência definitiva, que, a sua vez, é um meio para a atuação do direito, isto é, são, em realidade, a finalidade última da função jurisdicional, instrumento do instrumento".⁽²²⁾

Para *Calamandrei* a tutela cautelar não corresponde a um *tertium genus*, no mesmo plano do processo de conhecimento e processo de execução, visto que o critério que distingue esses dois tipos de processos não pode ser utilizado com relação a ela.

(20) "Instituições", Vol. 1, págs. 272/273.

(21) *Idem*, pág. 273.

(22) "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", pág. 53, apud Theodoro Júnior, pág. 51.

Salienta que a definição da tutela cautelar não pode levar em consideração a qualidade declarativa ou executiva, mas sim o *fim a que seus efeitos estão pré-ordenados* (que seria a antecipação dos efeitos da providência principal).

4.3. Teoria de *Carnelutti*

Inicialmente *Carnelutti* sustentou que a tutela cautelar tinha como escopo a "composição provisória da lide", mas posteriormente entendeu que ela serve para tutelar o processo, mantendo "o equilíbrio inicial das partes".

Reconheceu-a como *tertium genus*, destinado a realizar um dos fins da jurisdição, que é a *prevenção*.

Afastou-se da idéia de que o provimento cautelar seria antecipação provisória da tutela definitiva sob argumento de que era impossível antecipar um direito cuja existência era discutível.

Assim, a tutela cautelar não se presta para assegurar, antecipadamente, um suposto direito, mas sim para garantir a efetividade do processo onde se discute a justa composição da lide.⁽²³⁾

A tutela cautelar tem uma função "auxiliar e subsidiária", de "servir à tutela do processo principal".

5. CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR

Poderíamos apontar as características da tutela cautelar de forma exaustiva, como faz *Cláudio Vianna de Lima*⁽²⁴⁾: a) finalidade cautelar (finalidade de evitar óbices à declaração judicial e à sua eventual execução; b) dupla natureza sumária (pelo rito abreviado e pela cognição incompleta); c) provisoriedade; d) acessoriedade; e) possibilidade de eventual supressão da dupla instância (quando requerida em segunda instância); f) possibilidade de concessão, por iniciativa do juiz, sem audiência das partes, excepcionalmente (art. 797); g) responsabilidade do executante da medida cautelar pelos prejuízos causados, independente da responsabilidade geral do litigante malicioso do art. 16 do CPC; h) fungibilidade da medida decretada, que poderá ser substituída pela prestação de caução.

No entanto, vamos nos limitar ao exame das características principais: instrumentalidade, sumariedade de cognição e provisoriedade.

5.1. Instrumentalidade

A solução de um conflito de interesses, em regra, se dá pelas tutelas de conhecimento e de execução.

(23) *Humberto Theodor Júnior*, ob. cit., págs. 52/53.

(24) "O Processo cautelar no novo Código de Processo Civil", *Revista Forense*, págs. 106/115.

No entanto, em algumas ocasiões, mormente pela demora do iter procedimental, surge a necessidade de serem tomadas determinadas providências, a fim de se garantir "o equilíbrio inicial das partes", ou a efetividade do resultado do julgamento no plano material.

No dizer de *Hamilton de Moraes e Barros* a cautela busca assegurar o resultado útil da ação, resguardando as pessoas e coisas do processo.⁽²⁵⁾

Como salienta *Cândido Rangel Dinamarco*: "A instrumentalidade das medidas cautelares às principais (cognitivas, executivas) é instrumentalidade *eventual* e de *segundo grau*. É eventual, porque se efetivará se e quando houver necessidade do processo principal. É de segundo grau, porque as medidas cautelares colocam-se como instrumento a serviço do instrumento: elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade. O processo cautelar, dentro do sistema processual, vale para conferir eficácia ao principal".⁽²⁶⁾

Assim, a tutela cautelar "é um instrumento da tutela jurisdicional, a ser utilizado quando as circunstâncias o exigirem."⁽²⁷⁾

Embora *Ovídio Baptista da Silva* acate a natureza instrumental da tutela cautelar, contesta que as medidas cautelares sejam "instrumentos do instrumento", afirmando que são "instrumentos jurisdicionais criados para⁽²⁸⁾ proteção dos direitos".

Kazuo Watanabe entende que reconhecer a instrumentalidade como uma das características mais marcantes é prejudicial ao amparo de determinados direitos.

Menciona: "Porém, conceituada a ação cautelar em termos assim estreitos, limitação que evidentemente apanha também as ações cautelares inominadas, ficariam sem proteção adequada os direitos e interesses, principalmente os de caráter não patrimonial (v.g., direito à honra, à saúde, à liberdade etc) que nas vicissitudes da vida ficam sujeitos a inúmeras e multifárias situações de perigo de dano irreparável e de difícil reparação, e clamam por uma tutela urgente".⁽²⁹⁾

No entanto, pode-se dizer que após a reforma de 1994 e com as novas redações dos artigos 273 e 461, § 3º do CPC, o temor do ilustre jurista não mais persiste.

Aliás, informa *Ovídio Baptista da Silva* que no CPC italiano existe um título dedicado à disciplina dos "provimentos em matéria de família e estado das pessoas", enquanto as medidas cautelares estão sob o título que trata dos "procedimentos sumários".⁽³⁰⁾

(25) "Breves observações...", Revista Forense, 246/202.

(26) "A Instrumentalidade do Processo", pág. 261.

(27) *Bedaque*, "Direito e Processo", pág. 105.

(28) *Ovídio*, "Curso de Processo Civil", vol. 3, pág. 40.

(29) "Da Cognição...", pág. 102.

(30) "Medidas e ações cautelares", pág. 93.

5.2. Cognição sumária

Como salienta *Kazuo Watanabe*, a cognição pode ser analisada em dois planos: *horizontal* (extensãc, amplitude) e *vertical* (profundidade).

No plano horizontal a cognição pode ser *plena* ou *limitada*(parcial) e no plano vertical pode ser *exauriente* (completa) ou *sumária* (incompleta).

No processo de conhecimento a cognição é exauriente ou completa, apta à formação da coisa julgada material.

Na ação cautelar, porque a providência deve ser examinada de forma urgente, a cognição é superficial, menos aprofundada no plano vertical.

A cognição sumária não é característica exclusiva da tutela cautelar, mas também da tutela antecipada e dos processos sumários.

5.3. Provisoriedade

Ovidio Baptista da Silva, referendando *Lopes da Costa*, e porque considera que a tutela cautelar protege o direito material e não o processo, entende que o termo correto seria "temporariedade" e não provisoriedade. Diz que "o provisório é um temporário que haverá de durar enquanto não sobrevier o definitivo" e que a medida cautelar é temporária porque "durará enquanto persistir a situação de perigo a que o direito por ela tutelado esteja exposto".⁽³¹⁾

No entanto, exatamente porque no processo cautelar a cognição é sumária, não gerando o nível de convicção necessário à imutabilidade da provisão, é sempre provisória.

Como salienta *Bedaque*: "Caracteriza-se, portanto, pela provisoriedade, não constituindo meio idôneo para dar disciplina definitiva à relação substancial controvertida; pela sumariedade da cognição e, finalmente, pela instrumentalidade quanto ao procedimento de cognição plena".⁽³²⁾

Como salientado acima, a providência cautelar é deferida apenas quando necessária e enquanto durar a situação de perigo.

Por isso, pode ser modificada ou revogada a qualquer momento como preconiza o art. 807, *in fine*, do CPC.

Mesmo que não seja modificada nem alterada no procedimento cautelar (se precedente) ou durante o iter do procedimento em que foi requerida, será substituída pela sentença proferida no processo de conhecimento, ou pela satisfação definitiva do credor no processo de execução.

Isto significa que a tutela cautelar nunca deve ser satisfativa.

(31) "Teoria da Ação Cautelar", págs. 192 e 193.

(32) "Direito e Processo", pág. 107.

6. CONDIÇÕES E MÉRITO NA AÇÃO CAUTELAR

6.1. Condições da ação

De acordo com *José Roberto dos Santos Bedaque*, "as condições da ação constituem o elo de ligação entre o processo e o direito material".⁽³³⁾

As condições da ação cautelar são as mesmas das ações de conhecimento e de execução: legitimidade das partes, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual.

Partes legítimas na ação cautelar são aquelas da relação jurídica material e da ação principal (autor e réu na ação de conhecimento e credor e devedor na ação de execução).

A possibilidade jurídica do pedido significa que pode ser acatada a formulação da pretensão cautelar do requerente, por não existir nenhum impedimento no sistema jurídico. É o caso, por exemplo, da impossibilidade de arresto com relação aos bens inalienáveis ou impenhoráveis.

Já o interesse processual decorre da necessidade da tutela para resguardar direito do requerente.

Preenchidos os pressupostos processuais ("uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, por uma entidade capaz de ser parte em juízo")⁽³⁴⁾ e as condições da ação, o processo cautelar seguirá seu curso até ser proferida sentença, cujo mérito não se confunde com o mérito da ação principal.

6.2. Mérito na ação cautelar

Constituem mérito da ação cautelar o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

A matéria não é pacífica, já que alguns autores, como relata *Sydney Sanches*, os consideram como condições especiais.⁽³⁵⁾

Assim, *João Carlos Pestana de Aguiar Silva* e *Humberto Theodoro Júnior*, que colocam o *fumus boni juris* no campo da possibilidade jurídica e o *periculum in mora* no campo do interesse.

Diz, ainda, *Sydney Sanches* que "*Cândido Rangel Dinamarco*, embora sem definir sua posição nesse sentido, considera o *periculum in mora* condição especial da ação cautelar, relacionada ao interesse de agir; e o *fumus boni juris* matéria relacionada ao mérito (da ação cautelar)".⁽³⁶⁾

E conclui o doutrinador citado: "Sem embargo da grande e respeitável divergência doutrinária, estamos propensos a admitir que também na

(33) "Direito e Processo", pág. 77.

(34) *Cintra, Dinamarco, Grinover*. "Teoria Geral do Processo", pág. 290.

(35) Ob. cit., pag. 38.

(36) *Idem*, pág. 39/40.

ação cautelar haja, além das condições gerais (possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade), matéria concernente ao mérito em que praticamente se convertem os requisitos especiais do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*.⁽³⁷⁾

Menciona *Sydney Sanches* que essa é a posição defendida por *Calamandrei*, *Pontes de Miranda* e *Ovidio Baptista da Silva*.⁽³⁸⁾

Esse também é o entendimento de *José Roberto dos Santos Bedaque*: "A efetiva presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* implica concessão da tutela cautelar. Tais requisitos, portanto, representam o mérito do processo. Constituem condições para obtenção do provimento pleiteado, que, mais do que afirmados, necessitam ser provados".⁽³⁹⁾

Aliás, *Humberto Theodoro Júnior*, reconsiderou sua posição em obra lançada em 1980 ("As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil"), mantendo-a, como se lê em sua obra "Tutela Cautelar", RJ; Aide, 1992, página 35, ao reconhecer: "Na verdade, a não comprovação do *fumus boni juris* ou do *periculum in mora* não conduz à carência de ação, mas à improcedência do pedido. E sentença que acolhe ou rejeita o pedido é sentença de mérito, na sistemática de nosso Código (art. 269, n. I)."

Ao examinar o mérito da ação cautelar, não é solucionado o conflito de interesses, nem analisada a relação de direito material (de forma imediata). Será analisada a presença (ou não) dos requisitos acima mencionados, que constituem os fundamentos para o deferimento da tutela cautelar.

Assim, as sentenças proferidas nas ações cautelares não são satisfativas nem realizam o direito alegado pelo autor, mas sim providências protetivas e assecuratórias.

6.2.1. Fumus boni juris

Trata-se da plausibilidade ou verossimilhança do direito invocado.

Como vimos, no processo cautelar a cognição é sumária, já que a providência deve ser tomada com urgência.

Assim, não haverá pronunciamento definitivo sobre a existência ou não do direito invocado, mas é preciso examinar a plausibilidade do direito para se evitar a concessão de medida quando não houver possibilidade de o direito alegado vir a ser tutelado.

Como diz *Liebman*: "O direito alegado pelo requerente deve ser entendido no sentido mais amplo, de modo a se poder compreender as diversas hipóteses provenientes das várias figuras das medidas cautelares. Mas deste direito não se deve acertar a existência, que é tarefa própria do processo principal, mas somente constatar-se a verossimilhança."⁽⁴⁰⁾

(37) *Ibidem*, pág. 40.

(38) *Ibidem*, pág. 40.

(39) "Tutela Cautelar e...", pág. 154.

(40) "Problemi", pág. 108.

6.2.2. Periculum in mora

Para obter a tutela cautelar, como refere o art. 798, *in fine*, a parte deverá demonstrar *fundado receio* de perecimento, destruição, desvio ou deterioração de pessoas, bens ou provas, que provoquem lesão grave e de difícil reparação.

A maioria dos autores entende que esse perigo está ligado ao tempo de duração do processo, provavelmente por influência do art. 700 do CPC italiano, que faz expressa remissão ao "tempo necessário para fazer valer seu direito em via ordinária".

Já *Ovídio Baptista da Silva* menciona, com razão, que basta a existência do perigo, pouco importando se decorre do trâmite processual ou não.

Diz ele: "Não é, propriamente, como pensava *Chiovenda*, o perigo do retardamento da prestação jurisdicional que justifica a ação cautelar. É o perigo, em si mesmo, referido à possibilidade de uma perda, sacrifício ou privação de um interesse juridicamente relevante e não o perigo de um retardamento na prestação jurisdicional. Sempre que, por uma modificação do mundo exterior produzida por fato do homem ou por fato natural, se cria uma situação perigosa que ameaça fazer periclitar um determinado bem jurídico, criando um sério risco de dano, justifica-se a tutela cautelar."⁽⁴¹⁾

Realmente, por exemplo, na antecipação de prova que trate de pedido cautelar precedente, quando o processo principal ainda não existe, a pretensão pode ser formulada em razão do estado de saúde de testemunha, cujo depoimento é essencial para prova do direito do interessado em futura ação a ser ajuizada. Assim, a origem da pretensão nada tem a ver como a demora do processo.

7. A AUTONOMIA DA TUTELA CAUTELAR

7.1. Evolução doutrinária

Inicialmente, nos estudos alemães e austríacos, a tutela cautelar era considerada como mero apêndice do processo de execução.

Foram os autores italianos que desenvolveram estudos no sentido da autonomia da tutela cautelar, tendo *Chiovenda* dado o primeiro passo nesse sentido, ao consagrar a autonomia da ação cautelar.⁽⁴²⁾

Calamandrei ressaltou a característica da instrumentalidade da tutela cautelar, denominando-a "instrumento do instrumento". Embora reconhecesse a autonomia do procedimento, não reconheceu a tutela cautelar como

(41) *Apud Sydney Sanches, ob. cit.*, pág. 45.

(42) *Galeno, "Comentários"*, pág. 4; *Chiovenda, ob. cit.*, pág. 273.

terceiro gênero, pois o critério que distingue as providências cautelares não é o mesmo que serve para distinguir as providências de conhecimento daquelas de execução.

Salienta *Calamandrei* que "a tentativa de fazer-se uma divisão tripartida dos provimentos judiciais em declarativos, executivos e cautelares, produziria uma classificação ilusória, por heterogeneidade de critérios, tal como o faria alguém que pretendesse dividir os seres humanos em homens, mulheres e europeus".⁽⁴³⁾

A autonomia foi negada por *Allorio, Lancellotti e Fedenti*, consoante informa *Galeno Lacerda* ⁽⁴⁴⁾

Liebman criticou o legislador italiano por não acolher o voto da doutrina por uma disciplina uniforme dos procedimentos cautelares e afirmou que o processo cautelar se contrapõe como *tertium genus* àqueles de cognição e de execução. Salientou que o procedimento cautelar, embora desenvolvendo atividades de conhecimento e de execução, é único e indivisível, porque único e indivisível é o interesse de agir.⁽⁴⁵⁾

Carnelutti inicialmente concebeu a ação cautelar como uma "composição provisória da lide", substituindo esse entendimento pela idéia de que o processo cautelar "serve à tutela do processo" e vindo a acrescentar que o processo cautelar tem como objetivo assegurar "o equilíbrio inicial das partes", realizando um dos fins da jurisdição que é a "prevenção".⁽⁴⁶⁾

Arieta faz um retrospecto, dizendo que a tutela cautelar foi objeto de estudo por meio de pelo menos quatro aspectos: 1) sob o perfil da autonomia da ação cautelar (não correspondência com o direito material); 2) sob o perfil do provimento cautelar, salientada sua instrumentalidade; 3) sob o perfil da função do processo cautelar, que seria considerada de início como a provisória composição da lide e 4) sob o perfil da construção de um direito substancial de cautela (*Allorio*).

Sustenta que a tutela cautelar parece encontrar seu fundamento e sua caracterização na predisposição, por parte do legislador, de uma variedade e multiplicidade de formas de tutela dos direitos. Seria uma das formas de tutela jurisdicional diferenciada.⁽⁴⁷⁾

7.2. Direito substancial de cautela

Para *José Roberto dos Santos Bedaque* ⁽⁴⁸⁾ e *Flávio Luiz Yarshell* ⁽⁴⁹⁾, somente se poderia reconhecer a autonomia da tutela cautelar se admitida a existência de um direito substancial de cautela, ou seja, direito material à proteção quando houver uma situação de perigo.

(43) "La sentencia declarativa de quiebra", pág. 191, *apud Ovidio*, "Curso", págs. 103/104.

(44) "Comentários", pág. 4.

(45) "Problemi", págs. 104/105.

(46) *Theodoro Júnior*, "Processo Cautelar", págs. 52/53.

(47) "I Provvedimenti D'Urgenze", págs. 31/35.

(48) "Direito e Processo", pág. 105.

(49) "Tutela Jurisdicional", pág. 28.

Assim, a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* daria fundamento à pretensão de segurança. O deferimento da providência cautelar não reconhecera o direito material alegado pela parte, mas reconheceria o direito material de que aquela aparência de direito fosse protegida de qualquer ameaça, até o julgamento no processo principal.

Narra Galeno Lacerda⁽⁵⁰⁾ que no século passado, na Alemanha, entre os processualistas que defendiam a ação como direito concreto, cujo maior expoente é *Adolf Wach*, surgiu a teoria de se considerar a ação cautelar como um direito subjetivo material à segurança, cuja idéia foi retomada por *Allorio* na Itália e defendida entre nós por *Pontes de Miranda* e *Ovídio Baptista da Silva*.

Allorio, mais tarde, abandonou essa teoria, enquanto *Adolf Wach*, modificou-a, afirmando: "O direito ao embargo preventivo não é um direito de ação imanente ao direito material, nem associado a este sob forma acessória, no sentido de direito civil secundário, mas uma pretensão de proteção ao direito, posta a seu serviço e de natureza pública".⁽⁵¹⁾

Sustenta *Ovídio Baptista da Silva*: "Ninguém nega que a proteção cautelar seja instrumental por natureza, pois que há um inafastável sentido de *transitividade* na idéia de assegurar. Quem assegura, assegura alguma coisa. Nossa inconformidade não é quanto a isso. Afirmamos tão-só, que a "pretensão à segurança", assim como a "pretensão à declaração" é uma situação jurídica que se destina a proteger uma "situação reconhecida como digna de proteção pela ordem jurídica", seja ela um direito subjetivo, ou uma pretensão, ou uma ação. A proteção cautelar é instrumental de um direito ou de uma pretensão que são assegurados por ela. A dependência, ou acessoriedade se se quiser, estabelece-se no plano do direito material e não no plano do direito processual".⁽⁵²⁾

Também *Kazuo Watanabe* parece adotar essa tese.

Informa *Antonio Macedo de Campos* que em conferência realizada em 03 de abril de 1974, afirmou: "Todo indivíduo tem pretensão à segurança. E essa pretensão forma uma categoria à parte, destacando-se nitidamente da pretensão satisfativa de declaração, condenação, constituição ou de execução".⁽⁵³⁾

Efetivamente, em sua obra "Da Cognição no Processo Civil", após abordar o pensamento de *Ovídio*, menciona: "Reconhece *Ovídio Baptista da Silva* a existência de ações cautelares que dispensam a propositura da ação principal, que são aquelas baseadas nos arts. 529 e 555, do CC, o que bem evidencia a existência do questionado direito substancial de cautela e demonstra, igualmente, que o conteúdo do processo cautelar é a

(50) "Comentários", págs. 50/51.

(51) *Idem*, pág. 52.

(52) "Medidas...", Rev. Forense, pág. 102.

(53) "Medidas Cautelares", pág. 4.

pretensão dele decorrente, a qual, através do pedido, se processualiza".⁽⁵⁴⁾ Todavia, no início da análise da matéria, salienta que sua posição talvez ainda seja provisória⁽⁵⁵⁾

No entanto, a maioria da doutrina não admite a existência de um direito substancial de cautela, anotando *Cândido Rangel Dinamarco*: "De minha parte, penso que a existência de uma *res in iudicium deducta* significa somente que o processo cautelar não é privo de objeto, o que seria mesmo um absurdo; mas que o mérito desse processo seja uma pretensão fundamentada em algum direito substancial à cautela, isso é coisa diferente".⁽⁵⁶⁾

7.3. CPC de 1973

Como vimos, o Código de Processo Civil de 1939 tratava da tutela cautelar no Livro V, destinado aos processos acessórios, mencionando o art. 675 que: além dos casos expressamente autorizados, o juiz poderia determinar providências para acautelar o interesse das partes, quando surgissem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes, quando pudessem ocorrer atos que causassem lesão de difícil reparação ao direito de uma das partes ou quando uma parte ficasse impossibilitada de produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

Nessa época, as principais críticas que se faziam à sistemática do Código eram duas. Primeiro, a resistência dos juízes em reconhecerem no art. 675 um efetivo poder geral de cautela, embora a doutrina fosse unânime nesse sentido. Segundo, a resistência dos juízes em reconhecerem a possibilidade de tutela cautelar precedente, isto é, quando ainda não ajuizada a demanda principal.⁽⁵⁷⁾

Na reforma do CPC de 1939, foi abandonada a concepção da tutela cautelar como acessória, reconhecendo-lhe seu autor — *Ministro Alfredo Buzaid*, a autonomia, de forma expressa: "O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que se distingue das duas primeiras funções do processo civil, sem entretanto, excluí-las. O seu elemento novo está na prevenção".⁽⁵⁸⁾. Adotou, assim, as posições de *Liebman* e *Carnelutti*.

No entanto, embora o CPC de 1973 tenha proclamado a autonomia da tutela cautelar, fê-lo de forma incongruente, negando vários princípios há muito assentados na doutrina e na legislação.

Assim, a tutela de conhecimento, em suas várias modalidades, trata-se tutela satisfativa, em que há a efetiva entrega da prestação jurisdicional, caracterizando-se o provimento final pela definitividade que lhe é atribuída pela coisa julgada material.

(54) Págs. 105/106.

(55) "Da Cognição", pág. 104.

(56) "A instrumentalidade", pág. 261.

(57) *Sydney*, ob. cit., pág. 16.

(58) *Idem*, págs. 19/20.

Tais princípios, próprios dos processos autônomos, não são atribuídos à tutela cautelar pelo legislador.

Pelo contrário, o legislador fez questão de assinalar, de forma expressa, a inexistência desses dogmas, como se lê nos artigos: 796 (onde está afirmando que o processo cautelar é sempre *dependente* do principal); 806 (que determina o ajuizamento da ação principal em trinta dias, contados da efetivação da medida); 807 e 808 (que contemplam a *provisoriamente* da providência cautelar, já que pode a qualquer tempo ser revogada ou modificada, bem como ter cessada sua eficácia); 809 (que determina o *apensamento* do procedimento cautelar aos autos do processo principal) e 811 (que reconhece a responsabilidade objetiva do requerente da providência cautelar, pelos prejuízos causados ao requerido, se a sentença no processo principal lhe for desfavorável).

Assim, tutela cautelar se contrapõe à tutela satisfativa.

O processo cautelar não gera no mundo jurídico os mesmos efeitos de *satisfatividade* e *definitividade* dos processos de conhecimento e de execução, motivo pelo qual não pode ser colocado no mesmo plano deles. Aliás, pelos dispositivos acima citados, o que se verifica é que, não obstante regulado em livro próprio, continuou com a mesma característica anterior de *accessoriedade*.

Alguns autores referem que alguns provimentos cautelares são satisfativos, sendo o exemplo mais citado aquele dos alimentos provisionais. No entanto, entendo que a assertiva correta não é essa, mas sim de que certos provimentos considerados como tutela cautelar, disso não se tratam, mas de antecipação de tutela, hoje reconhecida no ordenamento.

Aliás, a natureza de antecipação de tutela, no caso dos alimentos provisionais, já havia sido reconhecida por *Pontes de Miranda*: "No caso dos alimentos provisionais, dá-se satisfação antecipada da ação, adiantamento de prestação jurisdicional de execução, mas é peculiaridade resultante da regra de direito material que faz irrepelíveis os alimentos provisionais".⁽⁵⁹⁾

Da mesma forma entende *Ovídio Baptista da Silva*.⁽⁶⁰⁾

Na verdade, as características de instrumentalidade e provisoriamente da tutela cautelar são incompatíveis com a autonomia formal, como já havia reconhecido *Celso Neves*: "Não se trata, pois, de ação autônoma. Funda-se ela em pretensão que nasce da necessidade de assegurar: a) ou prova, ou a efetividade do *eventus* de processo de declaração; b) a obtenção de objeto da prestação, no processo de execução. Por isso não dispõe de autonomia, tendo função instrumental provisória".⁽⁶¹⁾

(59) "Comentários ao Código de Processo Civil", 1959, Tomo VIII, pág. 309, *apud Ovídio*, "Medidas e ...", pág. 98.

(60) "Teoria da Ação Cautelar", págs. 190 e 196.

(61) "Estrutura", pág. 42.

7.4. Tutela antecipada

Tratando dos provimentos cautelares disse *Calamandrei*: "representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes na Justiça, ou seja, a da celeridade e a da ponderação"; "entre fazer logo, porém mal, e fazer bem mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer algo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde, com a necessária ponderação, nas sossegadas formas do processo ordinário".⁽⁶²⁾

Em virtude disso, a tutela cautelar passou a ser buscada cada vez mais, não apenas como instrumento para assegurar o resultado útil do processo principal, mas sim para obtenção de provimentos satisfativos, gerando um desvirtuamento do sistema.

A situação é retratada por *José Roberto dos Santos Bedaque*: "Não é raro a parte utilizar-se do processo cautelar para pleitear tutela que de cautelar só tem o nome. Durante muito tempo tal prática foi adotada, porque somente esse procedimento possibilitava a antecipação liminar da tutela, o que, ressalvadas algumas exceções, não era admitido no processo de conhecimento".⁽⁶³⁾

Tal situação não é exclusivamente brasileira, referindo o autor que motivos idênticos determinaram a reforma de 1990 no CPC italiano, com a agravante de que lá sequer existia o controle da decisão por outro órgão.

Informa: "O uso freqüente, caracterizando muitas vezes abuso, da tutela cautelar, especialmente a prevista no art. 700 do CPC italiano, levou a doutrina a postular por modificações no sistema.

Apontavam-se, entre outros inconvenientes desse mecanismo, a limitação do direito de defesa, a transformação da medida em substitutivo da tutela ordinária e a inexistência de controle da decisão por outro órgão".⁽⁶⁴⁾

Tal fenômeno foi denominado por Carpi de "força expansiva da tutela cautelar"⁽⁶⁵⁾ e pode-se considerar legítimo pela necessidade de se dar tutela efetiva a certas situações de urgência.

Assim como o legislador italiano procurou corrigir as distorções pela reforma de 1990, fê-lo também o legislador brasileiro com a Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que deu nova redação aos artigos 273 e 461 do CPC.

De acordo com o art. 273 o juiz poderá antecipar, total ou parcialmente, a requerimento da parte, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique carac-

(62) "Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari", n. 8, esp. pág. 20, *apud Dinamarco*, "A Instrumentalidade", pág. 260.

(63) "Tutela Cautelar", pág. 189.

(64) *Idem*, pág. 45.

(65) *Marinoni*, "A Antecipação da Tutela", pág. 86.

terizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Todavia, não poderá ser concedida a medida, quando houver perigo de irreversibilidade.

O artigo 461, § 3º trata da possibilidade de tutela antecipada nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Diferentemente do que ocorre com a tutela cautelar, que não tem como objetivo realizar o direito, a tutela antecipada tem caráter satisfativo, vez que o autor não pretende somente evitar prejuízos decorrentes da demora ou de fatos exteriores ao processo, mas sim obter a satisfação do direito, não obstante provisoriamente.

Assim, essa tutela diferenciada deverá tomar o espaço antes ocupado pelas chamadas "cautelares satisfativas" que, na verdade, ou não eram cautelares ou estavam desvirtuando o papel da tutela cautelar.

Discute-se se tal antecipação teria natureza de tutela cautelar ou não, permanecendo a maioria com a negativa, como salienta *Dinamarco*, citando *Marinoni*: "Cautelar ou não, é a esse desiderato que visa a antecipação de tutela agora disciplinada no Código de Processo Civil. Aplauda-se a doutrina especializada, colocando-a desenganadamente nos quadros da tutela própria do processo de conhecimento ao estabelecer o critério distintivo: "não é tutela cautelar porque deve limitar-se a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado"- sendo que a tutela sumária satisfativa não se limita a "assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado".⁽⁶⁶⁾

Em sentido contrário temos a posição de *José Roberto dos Santos Bedaque*.⁽⁶⁷⁾

8. REVISÃO DA AUTONOMIA DA TUTELA CAUTELAR

8.1. Argumentos contra a revisão

Como vimos acima, à época do CPC de 1939, a grande inconveniência de ter sido tratada a matéria no livro destinado aos processos acessórios, foi a falta de credibilidade no sistema, principalmente por parte dos juizes.

A ausência de regras expressas e contundentes, leva grande número de juizes, de formação conservadora e passiva, bem como assoberbados de serviço, a não terem sensibilidade para as situações de perigo e periclitância de direitos.

(66) "A Reforma", pág. 141

(67) "Tutela Cautelar", esp págs 108 e 120.

Como salientou *Celso Agrícola Barbi*, com referência ao CPC de 1939: "...muitos juizes persistem em ignorar ou negar a existência desse poder cautelar geral, e se limitam a aplicar apenas aquelas medidas cautelares que o Código prevê".⁽⁶⁸⁾

Por outro lado, a mera previsão de um poder geral de cautela do juiz, de forma genérica, não levaria apenas ao temor com relação a juizes acomodados e insensíveis, mas, também, o temor contrário, com relação a juizes imaturos, aloitos e arbitrários.

Tal sistema, totalmente atípico, já fora criticado por *Proto Pisani*, pelo "*rischio de far dipendere da una valutazione discrezionale del singolo giudice la stessa ammissibilità del mezzo di tutela, il che non mi sembra rischio da sottovalutare*".⁽⁶⁹⁾

Assim, a existência de provimentos expressamente previstos na legislação concedem segurança às partes e ao julgador.

Além disso, diante da complexidade das relações jurídicas do mundo moderno e globalizado, tem a doutrina preconizado o alargamento das tutelas diferenciadas, apropriadas a solucionar com segurança e rapidez as situações concretas específicas.

Por fim, não houvesse sido alçada a tutela cautelar ao patamar da autonomia formal, pelo CPC de 1973, não teria merecido o aprofundamento dos estudos doutrinários, escopo que, todavia, pode-se considerar, em tese, já alcançado, não obstante ainda reinem dúvidas com relação a vários aspectos.

8.2. Argumentos a favor da revisão

O primeiro argumento, e o mais seguro, é de natureza científica. Efetivamente, a tutela cautelar não é um *tertium genus*.

Como salientou *Calamandrei*, a classificação triplíce de processo de conhecimento, de execução e cautelar, não é homogêna. Seria o mesmo que dizer que os seres humanos estão divididos em homens, mulheres e europeus.

Aliás, discute-se, inclusive, se procede o binômio conhecimento — execução,⁽⁷⁰⁾ já que a lide é única, sendo o processo de execução utilizado apenas para trazer para o mundo da realidade os efeitos daquilo que ficou acertado no processo de conhecimento. Não há necessidade de instauração de uma nova relação jurídica processual, podendo a execução ser considerada mera fase do processo de conhecimento, que é o pensamento dominante na doutrina do processo trabalhista.

(68) "O Processo Cautelar", Revista Forense, pág. 323.

(69) "Lezioni di diritto processuale civile". Napoli, Jovene Ed., 1994, pág. 659, *apud Bedaque*, "Tutela Cautelar", pág. 166.

(70) *Bedaque*, "Direito e Processo", pág. 102.

No processo de conhecimento a jurisdição cumpre seu objetivo primordial de atuar a vontade concreta da lei e pacificar com justiça. Trata-se de tutela satisfativa.

A tutela cautelar não tem como escopo a satisfação do direito subjetivo material, não atuando no plano substancial senão de forma indireta. Por isso é sempre provisória, sendo substituída pela decisão definitiva do processo de conhecimento, à qual visa garantir eficácia.

Desta forma, não há se falar em terceiro gênero, cuidando-se de tutela acessória.

Afora essa conclusão, essencial para determinar a revisão do sistema da tutela cautelar, outro escopo menor existe, no sentido de corrigir suas falhas.

De fato, é unânime a doutrina no sentido de que vários provimentos considerados cautelares pelo Código, efetivamente não o são.

Para *Humberto Theodoro Júnior* seriam os seguintes: justificação (art. 861); protestos, notificações e interpelações (arts. 867 a 873); homologação de penhor legal (art. 874); protesto de títulos (art. 882) e posse em nome do nascituro (art. 887), pág. 87.

Ovídio Baptista Martins acrescenta o atentado (art. 879), a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos (888, II) e a interdição ou demolição de prédio (art. 888, VIII).

Refere *Sydney Sanches* que *Cândido Rangel Dinamarco* cita as obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida (art. 888, I), a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos (art. 888, II), o afastamento do menor autorizado a contrair matrimônio contra a vontade dos pais (art. 888, IV), a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita (art. 888, VII) e a interdição ou demolição de prédio (art. 888, VIII).⁽⁷¹⁾

Pode ser referido também, que a formação de nova relação processual, quando já existe a demanda principal ajuizada, não atende aos princípios de celeridade e economia processuais.

De fato, mormente quando concedida a liminar na cautelar, os juízes têm descuidado do aceleração do iter processual, sendo postergado o julgamento da tutela cautelar para o momento do julgamento da principal, o que refoge à sistemática preconizada pelo legislador.

Assim, é evidente que merece o sistema reformulação.

(71) Ob. cit., págs. 48/49.

9. CONCLUSÕES

1. Superadas as questões primevas do processo civil (como ação, processo), a questão da efetividade da tutela jurisdicional é que deve ser resolvida pelos processualistas.

2. Sob o prisma da efetividade é que se deve repensar as modalidades de tutela, preocupando-se, de um lado, com as garantias do devido processo legal e, de outro, com a rapidez e adequação da resposta jurisdicional, a fim de que sejam realmente protegidas todas as espécies de direitos substanciais.

3. A tutela cautelar cumpre papel essencial desde os primórdios da humanidade e, nos tempos modernos, diante da complexidade das relações jurídicas e da necessidade de urgência da tutela, teve seu campo de atuação alargado e desvirtuado, o que foi corrigido pela reforma de 1994, com a introdução da tutela antecipada.

4. Não obstante o CPC de 1973 tenha atribuído à tutela cautelar o status de *tertium genus*, o que contribuiu para o aprofundamento dos estudos sobre sua natureza, deve agora retomar o papel que lhe cabe no sistema jurídico, que é o de procedimento acessório e auxiliar, cujo escopo visa garantir o resultado útil da tutela satisfativa.

5. Todavia, não é aconselhável o acolhimento de simples poder geral de cautela do juiz, devendo ser mantidos procedimentos cautelares específicos, para maior segurança das partes e do próprio juiz. A simplificação das formas é uma virtude, desde que não comprometa a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

10. BIBLIOGRAFIA

ARIETA, *Giovani*. "1 Provvedimenti D'Urgenze". Padova. CEDAM, 1982, págs. 29/65.

BAPTISTA DA SILVA, *Ovidio A.* "Curso de Processo Civil", Vol. 3, Processo Cautelar, SP: RT, 1998.

_____. "Medidas e Ações Cautelares". In Revista Forense, págs. 77/112.

_____. "Teoria da Ação Cautelar". Revista de Processo n. 59, págs. 187/200.

BARBI, *Celso Agrícola*. "O Processo cautelar no Anteprojeto de Código de Processo Civil". In Revista Forense, págs. 323/328.

BARROS, *Hamilton de Moraes e.* "Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973". In Revista Forense n. 246, págs. 201/206.

BEDAQUE, *José Roberto dos Santos*. "Direito e Processo". SP: Malheiros, 1997.

- _____. "Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutela Sumária e de Urgência". SP: Malheiros, 1998.
- CAMPOS, Antonio Macedo de. "Medidas Cautelares. SP: Sugestões Literárias", 1980.
- CARNELLUTTI, Francesco. "Diritto e Processo". Morano Editore, 1958.
- CHIOVENDA, Giuseppe. "Instituições de Direito Processual Civil", 1ª Vol., SP: Saraiva, 1965.
- CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. "Teoria Geral do Processo". SP: Malheiros, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Fangel. "A Reforma do Código de Processo Civil". SP: Malheiros, 1998.
- _____. "A Instrumentalidade do Processo". SP: Malheiros, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente. "Direito Processual Civil Brasileiro", Vol. 3. SP: Saraiva, 1995.
- HOFF, Luiz Albarlo. "Reflexões em torno do Processo Cautelar". SP: RT, 1992.
- LACERDA, Galeno. "Comentários ao Código de Processo Civil", VIII Vol., Tomo I, RJ: Forense, 1980.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. "Problemi del Processo Civile", Nápole, Morano Editore, 1962, págs. 104/110.
- LIMA, Cláudio Vianna de. "O processo cautelar no novo Código de Processo Civil". In Revista Forense, págs. 106/115.
- MARINONI, Luiz Guilherme. "A Antecipação da Tutela". SP: Malheiros, 1998.
- MARQUES, José Frederico. "Manual de Direito Processual Civil", Vol. IV, Campinas (SP): Bookseller, 1992.
- NEVES, Celso. "Estrutura Fundamental do Processo Civil". RJ: Forense, 1997.
- SANCHES, Sydney. "Poder Cautelar Geral do Juiz". SP: RT, 1978.
- SANTANA, Darci Rodrigues da Oliveira. "Processo Cautelar — Autonomia Jurídica e Procedimento". In Revista LTr. 61-02/226.
- SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. "Processo Cautelar". IN Revista de Processo n. 33, págs. 26/42.
- TARZIA, Giuseppe. "I Procedimenti Cautelari". CEDAM, 1999, págs. XIII-XXV.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. "Processo Cautelar". SP: LEUD, s/d. (4ª ed.).
- _____. "Tutela Cautelar". RJ: Aide Ed., 1992.
- TUCCI, Rogério Lauria. "Medidas Cautelares Constritivas Patrimoniais". Revista de Processo n. 67, págs. 40/61.
- WATANABE, Kazuo. "Da Cognição no Processo Civil". SP: RT, 1987.
- YARSHHELL, Flávio Luiz. "Tutela Jurisdicional". SP: Allas, 1999.
- _____. "A Reforma do Judiciário e a vigência de medidas liminares". In Revista do Advogado n. 56, setembro/99. SP: AASP, págs. 44/49.