



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE DIREITO**

**ALAN PINTO TEIXEIRA ALVES**

**PODER GERAL DE CAUTELA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CPC**  
**DE 1973 E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO**

**FORTALEZA**  
**2014**

**ALAN PINTO TEIXEIRA ALVES**

**PODER GERAL DE CAUTELA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CPC  
DE 1973 E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO**

Monografia apresentada à Coordenação  
do Curso de Direito da Universidade  
Federal do Ceará como requisito para  
obtenção do Título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Juvêncio  
Vasconcelos Viana.

**FORTALEZA**

**2014**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Federal do Ceará

Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

---

A474p

Alves, Alan Pinto Teixeira.

Poder geral de cautela: uma análise comparativa entre o CPC de 1973 e o projeto de novo código / Alan Pinto Teixeira Alves. – 2014.

68 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.

Área de Concentração: Direito Processual Civil.

Orientação: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.

1. Tutela antecipada - Brasil. 2. Medidas cautelares - Brasil. 3. Processo civil - Brasil.  
I. Viana, Juvêncio Vasconcelos (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

---

CDD 347.919

**ALAN PINTO TEIXEIRA ALVES**

**PODER GERAL DE CAUTELA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CPC  
DE 1973 E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, em conformidade com os atos normativos do MEC e do Regulamento de Monografia Jurídica aprovado pelo Conselho Departamental da Faculdade de Direito da UFC.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Professor Me. Sérgio Bruno Araújo Rebouças  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Mestrando Cristiano de Aguiar Portela Moita  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

À meus pais, José Teixeira Alves e Aila Maria Farias Pinto Alves, por todos os princípios a mim ensinados.

À Alauana Maria Roriz da Rocha, por todo o amor, carinho e companheirismo.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por ter me proporcionado o dom da vida e por caminhar comigo na luta por cada conquista.

Aos meus pais, pelo exemplo, pela educação e pelo apoio incondicional que sempre estiveram prontos a oferecer, mesmos nos momentos mais conturbados. Essa vitória é de vocês.

À mulher da minha vida, Alauana Maria Roriz da Rocha, por me ensinar que uma relação entre homem e mulher pode representar um forte laço de amor capaz de perpassar vidas.

À minha avó, Estela dos Santos Alves, por me ensinar que o amor entre avó e neto pode ser algo singelo e delicado, mas ao mesmo tempo forte e resistente, fazendo da saudade uma fonte constante lembranças.

À “Bibia”, tia-avó que tanto amo e que ficará para sempre eternizada pelo sentimento que guardo no fundo do coração.

Aos meus “tios”, Franzé e Gilvane, por me estenderem a mão em um dos momentos mais delicados da minha vida, atitude pela qual serei eternamente grato.

Ao meu professor orientador, Juvêncio Vasconcelos Viana, por toda a atenção e pelos constantes ensinamentos jurídicos transmitidos durante a realização desta pesquisa.

Ao professor Sérgio Rebouças, pelo exemplo de simplicidade e maestria no exercício da vida jurídica e acadêmica.

Aos grandes amigos que fiz nesta Faculdade de Direito, os quais levarei para o resto da vida.

À equipe do Gabinete do Desembargador Francisco Bezerra Cavalcante, Anderson, Adauto, Rafael, Dona Ozileia, Dona Rocidélia, Dona Ângela, Dona Graça, Patrícia, Dona Sônia e Carlos, pela paciência, amizade e ensinamentos transmitidos.

Ao Desembargador Francisco Bezerra Cavalcante, pelas lições jurídicas, pelo exemplo de profissional íntegro e dedicado, bem como pela inspiração para que eu continue engendrando esforços para ingressar na carreira da magistratura.

À Centenária Faculdade de Direito que me proporcionou iniciar os estudos na intrincada ciência do Direito.

“O maior poder de todos é o da palavra; uma vez proferida não poderá ser revogada; uma vez escrita deverá ser cumprida; uma vez empenhada deverá servir ao propósito de seu dono. Pela palavra o universo foi criado, pela palavra os mistérios foram desvendados, por esta liberto, por aquela mando prender.”  
(Bertrand Russell)



## RESUMO

O poder geral de cautela é um dos principais instrumentos que o legislador conferiu aos magistrados para garantir a efetividade jurisdicional. Tal instituto foi criado para tentar combater os efeitos corrosivos que o tempo impinge ao processo. Esse poder geral, em verdade, revela-se como um poder-dever, na medida em que traduz a possibilidade de o julgador optar pela medida que reputar mais adequada, mas sempre sendo visto como uma proteção impositiva. A utilização desse instrumento é limitada pela necessidade, a provisoriedade e a proporcionalidade, não podendo ser utilizado de forma indiscriminada. Tem como requisitos de aplicação o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, isto é, somente será utilizado quando se constatar a previsibilidade de um bom direito e o fundado receio de dano decorrente do decurso do tempo. Em 1994, foi inserida no ordenamento jurídico pátrio a tutela antecipada, a qual representa a antecipação dos provimentos jurisdicionais pleiteados, devendo o juiz concedê-la quando verificada a presença dos requisitos trazidos pela própria norma e que são ínsitos às tutelas de urgência. Com a necessidade de conferir maior celeridade ao processo por meio de sua gradual simplificação, houve uma aproximação entre as tutelas cautelares e a antecipada, o que redundou na inserção, ao sistema jurídico, do princípio da fungibilidade entre tais medidas. O projeto de novo CPC tem como principal finalidade a simplificação processual, a fim de garantir ao jurisdicionado uma prestação mais célere e eficaz. Em decorrência disso, as tutelas antecipada e cautelar passaram a integrar as tutelas de urgência, medidas que o juiz adotará sempre que verificar a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Prevê, portanto, a fusão entre o poder geral de cautela e o poder geral de antecipação, o que confere aos magistrados ainda mais poder para o desenrolar do processo, o que pode ser visto como um malefício, já que a tendência moderna é pelo aumento da autonomia das partes. No entanto, a busca por celeridade e simplicidade processual deve ser priorizada, tendo em vista a enorme demanda posta ao Judiciário.

**Palavras-chave:** Poder Geral de Cautela. Tutelas de urgência. Efetividade jurisdicional. Instrumentalidade das formas. Simplicidade processual.

## ABSTRACT

The General Power Stealth is one of the main tools that the legislature gave the magistrates court to ensure effectiveness. This institute was created to try to combat the corrosive effects that impinge time to process. This general power, in fact, reveals itself as a power and duty, in that it reflects the possibility of the judge choose the extent that it considers most appropriate, but always being seen as a forceful protection. The use of this instrument is limited by necessity, proportionality and temporariness, cannot be used indiscriminately. Its application requirements *fumus boni iuris* and *periculum in mora*, in other words, will only be used where it is shown the predictability of a good law and founded fear of damage resulting from the passage of time. In 1994 he entered the national laws injunctive relief, which is the anticipation of judicial provisions pleaded and the Court will grant it when verified the presence of the requirements posed by the norm itself and which are peculiar to the tutelage of urgency. With the need to give more speed to the process through its gradual simplification, there was a rapprochement between the precautionary and advance guardianships, which resulted in the inclusion, the legal system, the principle of fungibility between these measures. The new CPC project mainly aims to simplify procedures, to ensure people a faster and more effective service. As a result, the anticipated and precautionary guardianships have joined the tutelage of urgency, adopt measures that the judge always to check the presence of *fumus boni iuris* and *periculum in mora*. Therefore provides a fusion between the general power of caution and general power of anticipation, which gives the judges more power to the proceedings, which can be seen as a curse, as the modern trend is the increase in party autonomy. However, the quest for speed and procedural simplicity should be prioritized in view of the huge demand put the judiciary.

**Keywords:** General Power of caution. Guardianship of urgency. Judicial effectiveness. Forms instrumentality. Procedural simplicity.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 PREMISSA LÓGICA: PROCESSO X TEMPO.....	15
3 PODER GERAL DE CAUTELA.....	18
3.1 Evolução Histórica.....	18
3.2 Conceito e Natureza Jurídica.....	20
3.3 Critérios de Adequação das Medidas Cautelares.....	22
3.4 Limites ao Poder Geral de Cautela.....	24
3.5 Responsabilidade Civil.....	26
4 TUTELAS DE URGÊNCIA.....	31
4.1 Tutela Cautelar.....	31
4.1.1 Características.....	32
4.1.2 Requisitos.....	34
4.1.2.1 Periculum in mora.....	36
4.1.2.2 Fumus boni iuris.....	38
4.1.3 Cautelares típicas e atípicas.....	38
4.1.4 Processo Cautelar e Processo Principal.....	39
4.2 Tutela Antecipada.....	42
4.2.1 Requisitos.....	43
4.2.2 Poder Geral de Antecipação.....	45
4.2.3 Fungibilidade entre a Antecipação de Tutela e as Medidas Cautelares.....	46
5 AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CPC.....	50
6 O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROJETO DE NOVO CPC.....	56
7 CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	66

## 1 INTRODUÇÃO

A temática desenvolvida neste trabalho monográfico está inserida no âmbito das Medidas de Urgência, sendo delimitado pelas tutelas cautelar e antecipada, bem como pelas inovações trazidas pelo Projeto de Lei nº 166/2010, o qual propõe a elaboração de um novo Código de Processo Civil.

A justificativa para a presente pesquisa está no fato de que a temática adotada é um dos assuntos mais efervescentes no cenário jurídico pátrio, mostrando-se relevante a realização de um estudo mais aprofundado das normas processuais vigentes que regulam as medidas de urgência, com especial enfoque para o poder geral de cautela, e dos regramentos que estão disciplinados no projeto de novo CPC, posto que isso acarretará benefícios não só acadêmicos, mas também sociais, na medida em que ajudará a compreender as inovações trazidas pela nova codificação.

Desta feita, é evidente a relevância do tema em epígrafe, uma vez que a inserção de uma nova codificação processual civil no seio da sociedade brasileira acarretará significativas mudanças, não só para os que militam na área do Direito, posto que terão de estudar com profundidade as novas normas introduzidas pela futura Lei, mas também para os cidadãos que se utilizam do Poder Judiciário para solucionar seus conflitos.

O objetivo geral desta pesquisa é perquirir as bases do poder geral de cautela para, com isso, realizar uma análise comparativa e sistematizada de seu âmbito de incidência, considerando a margem de liberdade conferida aos juízes quando de sua aplicação, bem como os limites legalmente impostos, tanto no cenário da atual legislação processual como do projeto de novo CPC.

Os objetivos específicos serão direcionados à comparação entre o poder geral de cautela presente no Código de Processo Civil atual e o “poder geral de urgência” previsto no projeto de novo Código. Além disso, procura-se identificar se a tutela de urgência guardará as características e finalidades das medidas cautelares e antecipatórias e se as formalidades exigidas tendem a ser suprimidas ou alargadas.

Assim, almeja-se deduzir que a tutela jurisdicional se revela eficaz quanto menor a diferença entre o resultado que ela proporciona à parte vitoriosa e o resultado que esta última obteria, em face do ordenamento jurídico, caso não tivesse recorrido ao processo para obter este mesmo resultado.

Outra hipótese é a de que o poder geral de cautela é um dos instrumentos aptos a fazer que as pretensões requeridas pelas partes sejam plenamente atendidas pelo Judiciário, não vindo a sofrer danos em decorrência da duração regular do processo, garantindo, com isso, o mandamento insculpido no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Uma terceira hipótese reside no fato de que os juízes, com base no princípio da instrumentalidade das formas, quando do exercício do poder geral de cautela, podem atuar de ofício para garantir a efetividade jurisdicional.

No mais, também deve ser hipoteticamente frisado que o novo CPC tende a estabelecer normas que simplifiquem o processo e o tornem mais célere, além de ampliar os poderes inerentes aos magistrados, quando da utilização do poder geral de urgência, a fim de garantir uma maior efetividade jurisdicional.

Adotaram-se, para a presente pesquisa, os métodos dedutivo e comparativo, que possibilitaram o estudo das normas processuais vigentes e a comparação com os regramentos dispostos no projeto de novo CPC, tendo como principal enfoque o poder geral de cautela na perspectiva das tutelas de urgência, sendo desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica embasada em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas e artigos que abordam direta ou indiretamente o tema em foco.

Além disso, foram realizadas incursões na legislação processual civil vigente e no Projeto de Lei nº 166/2010, bem como análises jurisprudenciais baseadas em ementas, acórdãos e votos proferidos pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Corte esta que terá seu posicionamento utilizado no presente trabalho monográfico.

O presente trabalho foi sistematizado a partir da explanação de uma premissa lógica abordando a problemática entre o processo e o tempo, para que então fosse iniciado o estudo por meio de capítulos.

O primeiro capítulo disporá acerca das origens e finalidade do poder geral de cautela, da liberdade e dos limites impostos por este instituto aos juízes no âmbito do Código de Processo Civil de 1973, dos critérios que devem ser observados quando de sua aplicação e da responsabilidade civil dele advinda.

O segundo capítulo destaca a tutela cautelar, enfatizando suas características, requisitos legais, a classificação em cautelares típicas e atípicas e a necessária dependência entre o processo cautelar e o principal, e a tutela antecipada, em que é analisada a sua inclusão no ordenamento jurídico pátrio, os seus pressupostos e o “poder geral de antecipação” que confere aos juízes. Além disso, ainda sobreleva-se o instituto da fungibilidade que foi inserido na sistemática processual civil por meio do §7º do artigo 273 do CPC e que demonstra a nova tendência adotada pela doutrina de buscar aproximar a tutela cautelar e a antecipada.

O terceiro capítulo sobreleva as inovações que serão introduzidas pelo novo CPC, principalmente no que se refere às tutelas de urgência, demonstrando que o legislador busca dar um novo passo na sistemática processual, e ao poder geral de urgência, salientando que os poderes dos juízes serão ampliados, em detrimento da redução dos limites desse poder, o que poderá gerar certa instabilidade e insegurança jurídica.

## 2 PREMISSA LÓGICA: PROCESSO x TEMPO

Na relação que se estabelece entre o direito material e o direito processual, pode-se afirmar que este é o instrumento para a consecução do fim daquele, ou seja, o processo é utilizado como meio pelo qual os indivíduos buscam a tutela de seus direitos.

Nesse sentido, Fredie Didier Júnior destaca que “o processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela.”<sup>1</sup>.

A instrumentalidade do processo também pode ser observada por um prisma que engloba a ordem jurídico-material, os indivíduos e o Estado. Nessa visão, há de se considerar que o Estado exerce seus poderes com o fim maior de promover a paz social, eliminando qualquer espécie de conflito.

Nessa toada, as normas de direito material são verdadeiras normas de conduta, as quais devem ser seguidas para que a sociedade se desenvolva de forma harmoniosa, minimizando a existência de litígios<sup>2</sup>.

Desta feita, o estabelecimento da pacificação social passa pela existência não só de normas de conduta, mas também de normas processuais que garantam a efetividade da prestação jurisdicional.

No entanto, há uma evidente contradição entre a duração razoável do processo – ou seja, o tempo necessário para sua adequada maturação – e a efetividade jurisdicional.

---

<sup>1</sup> JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª Ed. Vol. I. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 25.

<sup>2</sup> “Por outro lado, a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispô-lo ao integral cumprimento de todos os escopos sociais, político e jurídico. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à “ordem jurídica justa”. Para tanto, não só é preciso ter a consciência dos objetivos a atingir, como também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça.” GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 47.

O tempo, na estrutura dialética que se aplica ao processo, é algo indispensável, principalmente para a devida formação do contraditório, isto é, da relação de acusação/defesa que deve ser estabelecida entre os litigantes, a fim de que o julgador sedimente seu convencimento em bases sólidas.

O princípio do contraditório, o qual é um dos corolários do Estado de Direito, foi previsto como uma garantia fundamental pelo legislador constituinte de 1988, o qual no artigo 5º, LV, da Magna Carta, estabeleceu que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Posto isso, percebe-se que o tempo é extremamente importante para o desenvolvimento do processo, ao passo que possibilita a formação do contraditório e, por via de consequência, o convencimento do julgador.

Em contrapartida, ele também acarreta severos malefícios, uma vez que a duração do *iter processualis* pode gerar obstáculos à efetividade jurisdicional. Neste azo, Marcelo Lima Guerra destaca:

Como se pode facilmente perceber, a garantia do contraditório, que se pode expressar, de forma ampla, como a possibilidade assegurada aos endereçados do resultado final do processo de influírem no atingimento desse resultado, torna o processo um “instrumento sofisticado”, de acentuada complexidade. Daí, em razão de tal estrutura, é óbvio que o processo, em ato, se constituindo, se desenvolvendo, chega ao seu final após incontornável duração.

Desse modo, por mais simples que seja a estrutura atribuída ao processo, sempre marcada pelo contraditório, tende ele, inexoravelmente, a durar, e esta duração, em si mesma, já significa uma fonte perene de obstáculos à própria efetividade da tutela jurisdicional a ser através dela prestada.<sup>3</sup>

Na mesma linha de raciocínio, Juvêncio Vasconcelos Viana salienta que “o tempo acaba sendo, concomitantemente, um ‘bem’ e um ‘mal’ para o processo: um ‘bem’, por ser algo necessário à reconstituição dos fatos e indispensável ao

---

<sup>3</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o Processo Cautelar**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1991, p. 14.



cumprimento das garantias processuais das partes; um ‘mal’, justamente face à indesejável demora que pode advir na entrega da prestação jurisdicional.”<sup>4</sup>.

Diante de tal dilema, inseriu-se, no sistema processual pátrio, a figura da tutela cautelar, a qual tem como principal escopo resguardar o bem jurídico objeto da demanda principal de possíveis malefícios acarretados pelas partes ou pelo decurso do tempo, servindo como um forte instrumento para garantir a efetividade da jurisdição<sup>5</sup>.

Assim, a tutela cautelar é o conjunto de medidas processuais que buscam salvaguardar a efetividade jurisdicional em face dos efeitos corrosivos do tempo.

---

<sup>4</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Do Processo Cautelar**. São Paulo: Dialética, 2014, p. 11.

<sup>5</sup> “A tutela cautelar tem por objeto garantir o processo principal, tal como este deve ser concretamente, isto é, sem que a situação jurídica em que o litígio se projeta venha a sofrer mudanças ou deformações em consequência da dilação temporal, ou demora processual. Ela se estende, por isso, a todo o processo e a todas as formas de tutela jurisdicional (de conhecimento ou de execução).” MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. IV. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 328.

### 3 PODER GERAL DE CAUTELA

#### 3.1 Evolução Histórica no Direito Brasileiro

O Código de Processo Civil de 1939 foi o primeiro diploma pátrio que procurou alternativas para solucionar os imbróglis decorrentes da relação tempo/processo.

Tal codificação, no artigo 676, previu um rol de medidas preventivas que poderiam ser requeridas pelas partes para resguardar o objeto litigioso - bens jurídicos discutidos em processo de conhecimento ou de execução - de possíveis danos acarretados por ações ou omissões dos litigantes ou pelos malefícios acarretados pelo decurso do tempo.

Além disso, o CPC de 1939 ainda trazia a seguinte norma:

Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

- I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;
- II – quando, antes da decisão, fôr provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes;
- III – quando, no processo, a uma das partes fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.<sup>6</sup>

O dispositivo supratranscrito trazia, mesmo que em um campo de aplicação muito restrito, as bases estruturais do poder geral de cautela. Frente a essa limitação, instaurou-se um embate doutrinário acerca da existência ou não de tal poder no sistema processual pátrio, havendo o consequente aprofundamento dos estudos acerca de tal temática.

Nesse sentido, Sydney Sanches salientava que o estatuto de 1939 no artigo 676 previa de forma expressa algumas medidas preventivas, sendo que a

---

<sup>6</sup> BRASIL. Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. **Presidência da República**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acesso em: 3 de março de 2014.

proximidade entre os artigos 675 e 676, fez que alguns não verificassem as bases do poder geral de cautela que ali surgia<sup>7</sup>.

Naquele diploma, porém, o campo de atuação do magistrado no exercício de tal poder era bastante restrito, posto que somente poderia determinar providências acautelatórias quando houvesse fundado receio de rixa ou violência entre as partes, provável ocorrência de atos capazes de gerar danos de difícil reparação ao objeto alvo da demanda ou quando uma das partes se encontrasse impossibilitada de produzir provas em decorrência de a coisa não estar em sua posse.

Impende sobrelevar, também, que as discussões acerca da necessidade de prever meios que garantissem a efetividade jurisdicional ocorriam no cenário efervescente da Segunda Grande Guerra, período em que o jurista italiano Enrico Tullio Liebman estava refugiado no Brasil.

Liebman exerceu grande influência sobre diversos brasileiros que estudavam o Direito, transmitindo diversas ideias que posteriormente viriam a ter influencia no texto do Código de Processo Civil de 1973.

A entrada em vigor da nova codificação processual, em 1973, trouxe significativas mudanças no processo cautelar, dentre as quais se destaca a ampliação do campo de atuação dos magistrados para resguardar os bens jurídicos dos malefícios acarretados pelo *iter processualis*.

O artigo 798 do novo diploma passava a prever o poder geral de cautela conferido aos juízes, estabelecendo que “[...] poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”.

A partir de tal disciplina, os julgadores poderiam adotar as medidas que reputassem mais adequadas para tutelar o objeto litigioso, sendo, inclusive, possível

---

<sup>7</sup> SANCHES, Sydney. **Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1978, pp. 100-101.

determinar a aplicação de providência acautelatória diversa da postulada pelas partes.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e do “modelo constitucional do processo civil”, passou a ser imprescindível que os juízes fundamentem suas decisões, sendo que a adoção de dada medida cautelar deve ser justificada de acordo com o direito posto, as provas que dos autos constem e as circunstâncias do caso, em respeito ao mandamento cristalizado no art. 93, IX, da Lei Maior.

O poder geral de cautela, portanto, apresenta-se como um instituto capaz de preencher as lacunas deixadas pelo legislador, já que este não teria como prever todas as situações que implicassem em potencial aplicação da tutela cautelar.

Ovídio Batista da Silva, lecionando acerca deste ponto, salienta que “na medida em que se enumeram determinadas ações cautelares, como é facilmente compreensível, surge a necessidade de estabelecer o princípio genérico da outorga de proteção cautelar, para os casos não abrangidos na previsão legal.”<sup>8</sup>.

Assim, o advento do Código de Processo Civil de 1973 consolidou a existência do poder geral de cautela, havendo, assim, a possibilidade dos julgadores suprir as lacunas deixadas pelo legislador, protegendo os indivíduos de lesões ou ameaças a direito.

### **3.2 Conceito e Natureza jurídica**

O poder geral de cautela é visto, pela maioria da doutrina, como um “poder-dever”, uma vez que representa a ‘possibilidade’ de o julgador optar pela

---

<sup>8</sup> SILVA, Ovídio Batista da. **A Ação Cautelar inominada no Direito Brasileiro**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 131.

medida que reputar mais adequada, mas nunca devendo ser encarado como uma ‘faculdade’, já que tal proteção é impositiva<sup>9</sup>.

Nota-se que, sob esta perspectiva, o poder geral de cautela preserva a obrigatoriedade da jurisdição - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF/88) - e fornece instrumento do qual se valerá o juiz para aplicar a medida assecuratória mais adequada, suprimindo, assim, as lacunas deixadas pelo legislador.

Desta feita, depreende-se que uma das principais características desse “poder-dever” é sua complementariedade, ou seja, a “liberdade” que concede aos magistrados para que apliquem as providências que o caso concreto exigir e que não foram expressamente previstas pela codificação processual.

Nessa toada, Vicente Greco Filho assevera que “o poder cautelar geral do juiz atua como poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional, pois o infinito número de hipóteses em que a demora pode gerar perigo torna impossível a previsão específica das medidas cautelares em número fechado.”<sup>10</sup>

Entretanto, considerando o aspecto da discricionariedade do julgador quando da aplicação do poder geral de cautela, é interessante enfatizar que há certo contrassenso na doutrina, havendo uns que advogam pela ampla liberdade conferida aos juízes, ao passo que outros interligam essa discricionariedade à necessária vinculação à finalidade do processo.

Galeno Lacerda é um dos estudiosos que vê a liberdade dos juízes como algo quase absoluto.

---

<sup>9</sup> “O chamado “poder geral de cautela” previsto no art. 798 deve ser entendido, para todos os fins, como um autêntico “dever-poder”. “Dever” no sentido de que a tutela de uma dada situação que seja apresentada ao magistrado é, para ele, impositiva. Não há espaço para entender que haja, no exercício da função jurisdicional, em plena harmonia com o “modelo constitucional do processo civil”, qualquer elemento de “liberdade”, “facultatividade” ou de “discricionariedade”. “Poder” no sentido de que, para o atingimento da finalidade destacada pelo próprio parágrafo anterior, o magistrado lançará mão dos mecanismos que, consonantes com o “modelo constitucional do processo civil”, mostrem-se aptos suficientemente para garantir o resultado pretendido.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181.

<sup>10</sup> FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 154-155.

No exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar “ as medidas provisórias que julgar adequadas” para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricção do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do *imperium*, decretava os *interdicta*.<sup>11</sup>

Por outro lado, Ovídio Batista da Silva postula pela necessária vinculação da discricionariedade à finalidade imposta pela legislação.

Deve, contudo, o ato discricionário manter-se fiel à finalidade prevista na lei. Se o agente, sob o pretexto de se valer de seu poder discricionário, pratica algum ato aberrante dos próprios visados pelo próprio legislador, de tal modo que os próprios fins pretendidos pelo preceito legal se frustrem, então o ato será ilegítimo e portador de abuso de poder.<sup>12</sup>

Neste cenário, é relevante sobrelevar que a norma contida no artigo 798 do CPC/73 é de natureza pública, tendo em vista que revela o meio de concretização do mandamento insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Posto isso, denota-se que os interesses abrangidos por ela não se resumem aos privados, inerentes às partes – que poderão dispor e convencionar como será aplicado – pelo contrário, são matérias de ordem pública, devendo o Estado, no exercício de seu poder de império, determinar os critérios de adequação do poder geral de cautela a ser observados pelos juízes quando de seu exercício.

### 3.3 Critérios de adequação das medidas cautelares

Nos termos do artigo 798 do CPC, “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas”. Todavia, deve ficar claro que tal escolha não

<sup>11</sup> LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 135.

<sup>12</sup> SILVA, Ovídio Batista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda, 1985, p. 117.

poderá se pautar em critérios subjetivos e pessoais do julgador, na medida em que representa o Estado no exercício da função jurisdicional.

Entretanto, sabe-se que toda escolha carrega consigo certa margem de subjetividade daquele que a faz, devendo, porém, os magistrados pautar suas decisões em premissas objetivas, tais como os mandamentos constitucionais, a legislação infraconstitucional e os princípios que estruturam o ordenamento jurídico.

Nesse prisma, a escolha da medida cautelar mais adequada ao caso concreto deve seguir três critérios específicos, quais sejam: i) a adequação da medida aos riscos de dano ocasionados pelo decurso do tempo, ii) a escolha de medida menos gravosa ao requerido e iii) a proporcionalidade da medida.

O provimento escolhido pelo magistrado deverá ser capaz de neutralizar ou, mesmo, eliminar os riscos de dano provenientes do decurso do tempo.

Existindo mais de uma medida capaz de tutelar o bem demandado, deverá o julgador escolher a menos gravosa à parte requerida, posto que o ordenamento jurídico adota o princípio da menor onerosidade, o qual é previsto no processo de execução, mas que pode ser aplicado em todo o sistema processual.

Nessa toada, artigo 620 do CPC explicita que “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Por fim, deve o magistrado sopesar os benefícios e prejuízos consequentemente acarretados pela concessão ou denegação da medida, para então decidir por aquele que oferecer mais benesses que perdas.

Marcelo Lima Guerra, quanto à aplicação desses critérios, destaca que “correspondem às três manifestações nas quais se expressa o chamado princípio da proporcionalidade”. Além disso, ainda afirma que tal norma de otimização “é inerente à própria ideia de Estado de Direito”<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Op. cit., p. 31.

Portanto, os três critérios acima explicitados são uma aplicação prática do princípio da proporcionalidade, o qual se revela como um dos limites impostos ao poder geral de cautela.

### 3.4 Limites ao Poder Geral de Cautela

É indiscutível a relevância do poder geral de cautela para o sistema processual brasileiro, no entanto tal instituto não pode ser aplicado de forma arbitrária e ilimitada, posto que, se houvesse tal permissão, conceder-se-ia “liberdade” para os magistrados extrapolar de seus poderes jurisdicionais, invadindo o campo de atuação de outros poderes, pois passaria, de forma direta, a legislar.

Diante desse cenário, é imperioso destacar os limites impostos ao exercício do poder geral de cautela. Os juízes somente poderão se valer da utilização de tal “poder” quando a medida se mostrar necessária, provisória e proporcional.

Juvêncio Vasconcelos Viana enfatiza que os limites do poder geral de cautela são a necessidade, a provisoriedade e a proporcionalidade, sendo que esta implicará na ‘dosagem do provimento cautelar’, a fim de evitar a concreção do dano e não consagrar situações de absurdo desequilíbrio.<sup>14</sup>

A necessidade da medida se impõe na proporção em que o magistrado deve aplicá-las de forma excepcional, apenas quando ficar evidente o interesse público e for imprescindível para evitar danos provenientes da regular duração do processo<sup>15</sup>.

Quanto a este aspecto, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que “é relevantíssimo e indispensável reconhecer o préstimo processual das medidas judiciais provisórias, mas estas não devem ser

---

<sup>14</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Op. cit., p. 24.

<sup>15</sup> LOPES, João Batista. **Os poderes do juiz e o aprimoramento da função jurisdicional**. Revista de Processo nº. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 60.



prodigalizadas à mão larga, senão adotadas parcimoniosamente e somente nos casos de caracterizada necessidade; sem essa moderação, corre-se o risco de banalizar ou vulgarizar a sua notável eficácia preventiva, com prejuízo evidente ao desempenho regular de atividades econômicas produtivas ou restrições patrimoniais injustificáveis”<sup>16</sup>.

Assim, para que o julgador aplique determinada medida acautelatória, deverá estar demonstrado nos autos o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, isto é, o risco de dano grave e de difícil reparação ocasionado pelo decurso do tempo e a plausibilidade das alegações.

Além disso, os juízes, quando da utilização do poder geral de cautela, deverão estabelecer providências que sejam suficientemente aptas a neutralizar ou eliminar o perigo de dano, mas que não tenham um caráter satisfativo, posto que tais medidas são efêmeras, podendo ser revogadas ou modificadas a depender das necessidades impostas pela demanda.

O processo cautelar, no mais, somente possibilita aos julgadores a apreciação sumária do caso, isto é, uma análise superficial para verificar a existência dos requisitos exigidos em lei.

O respeito ao princípio da proporcionalidade também é uma limitação que se impõe, visto que as providências adotadas devem, necessariamente, amoldar-se aos sub-princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais constituem os critérios de adequação a ser utilizados pelo magistrado.

Os provimentos acautelatórios nominados que se encontram no Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil de 1973, também limitam o exercício do poder geral de cautela, pois têm disciplinas próprias que devem ser seguidas quando de sua aplicação.

Desta feita, é imperioso ressaltar que o artigo 798 da Lei Processual Civil estabelece que o juiz somente poderá se valer do poder cautelar geral quando não

---

<sup>16</sup> STJ, REsp 1125661 / DF, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/04/2012.

houver procedimento específico previsto no Código. Logo, infere-se que tal poder deve ser exercido apenas na seara das medidas cautelares inominadas.<sup>17</sup>

Vicente Greco Filho, quanto a estas limitações, salienta:

[...] não pode, pois, o juiz deferir medidas cautelares, quando da mesma natureza do pedido principal, ultrapassar os limites máximos do próprio direito hipoteticamente a ser concedido, nem antecipar a execução para ganhar tempo da satisfação do possível credor, nem violar coisa julgada. Ainda não deve o juiz pretender substituir pela providência cautelar o cabimento de um processo de conhecimento ou executivo e também substituir por uma medida inominada a medida expressamente disciplinada que, por falta de requisito legal, não pode ser concedida.<sup>18</sup>

Logo, é evidente que o poder geral de cautela não poderá ser irrestritamente aplicado pelo magistrado, devendo este sempre observar os limites impostos pelo ordenamento jurídico, para que não reste configurado o abuso de poder, caracterizado pelo “agir de forma arbitrária”.

### **3.5 Responsabilidade civil**

Em respeito aos princípios da inércia da jurisdição e da vinculação do juiz ao pedido, o CPC estabeleceu como regra que a atuação dos julgadores se dará nos limites dos pedidos feitos pelas partes.

O estabelecimento de tal regra pode ser observado pela interpretação teleológica dos artigos 128 e 460 da Lei Processual.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

---

<sup>17</sup> STJ, REsp 34596 / SP, Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA TURMA, DJe 07/02/1994.

<sup>18</sup> FILHO, Vicente Greco. op. cit., p. 157.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

Segundo Fredie Didier Júnior, é pela existência dos dispositivos supra que o juiz não poderá se afastar dos pedidos, não podendo julgar a demanda nem aquém, nem além, nem fora do que fora postulado pelas partes.<sup>19</sup>

Todavia, o artigo 798 do CPC, ao estabelecer o poder geral de cautela, determinando que “o juiz poderá adotar as medidas provisórias que julgar adequadas”, gerou um conflito parcial com o princípio da vinculação do juiz ao pedido.<sup>20</sup>

Além disso, o mesmo diploma ainda previu, no artigo 797, que “[...] em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

Pela dicção de tal norma, percebe-se que o legislador possibilitou a atuação *ex officio* dos juízes, a fim de assegurar, em maior grau, a efetividade da tutela jurisdicional.

No entanto, a partir deste cenário, é interessante observar como se dará a responsabilidade civil quando da aplicação do poder geral de cautela.

Inicialmente, é relevante destacar que o artigo 811 do CPC prevê que o requerente do procedimento cautelar será responsabilizado pelos danos causados ao requerido pela execução da medida.

Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

---

<sup>19</sup> JÚNIOR, Fredie Didier. op. cit., p. 309.

<sup>20</sup> “É que, como se infere dos próprios termos em que o art. 798 “suspende” a vinculação do juiz ao pedido, verifica-se que isto só ocorre, estritamente, quanto à escolha dos meios, mas para atingir uma finalidade previamente determinada pelo pedido da parte. Por isso, o juiz ainda está vinculado ao pedido, embora apenas quanto ao seu aspecto mediato, tanto no sentido de estar limitado ou a conceder ou negar tutela cautelar, quando solicitada, como no sentido de que para a configuração do periculum in mora a ser eliminado o juiz deve ater à situação exposta pelo requerente.”. Cf. Ob, cit. Marcelo Lima Guerra, p. 39.

- II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;
- III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;
- IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

Segundo Galeno Lacerda, o dispositivo supramencionado demonstra a influência dos sistemas alemão e austríaco sobre a codificação processual pátria, tendo em vista que abandonou a teoria subjetiva imposta pelo artigo 688 do CPC/39 e estabeleceu a responsabilidade objetiva do autor, na qual não deve ser analisada a intenção do sujeito, mas apenas a prática do ato e o nexo de causalidade entre este e o dano ocasionado<sup>21</sup>.

Lecionando sobre a teoria objetiva da responsabilidade civil, assim assevera Chiovenda:

A ação de segurança é, portanto, ela própria, uma ação provisória, o que importa se exerça, em regra, o risco e perigo do autor, isto é, que este, em caso de revogação ou desistência, seja responsável pelos danos causados pela medida, tenha ou não culpa: pois é mais équo que suporte o dano aquele dentre as partes que provocou, em sua vantagem, a providência a final tornada sem justificativa, do que a outra, que nada fez para sofrer o dano e nada poderia fazer para evitá-lo.<sup>22</sup>

Desta feita, nota-se que nos casos em que a providência cautelar for requerida pela parte, esta será responsabilizada de forma objetiva pela execução da medida nos casos previstos no artigo 811.

Entretanto, quando o magistrado atua munido pelo poder geral de cautela, determinando a aplicação de medida diversa da requerida pela parte ou agindo de ofício na tentativa de neutralizar os efeitos maléficos do tempo, como se dará a responsabilidade civil?

---

<sup>21</sup> LACERDA, Galeno. op. cit., p. 314.

<sup>22</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ª Ed. Campinas-SP: Bookseller Editora, 2009, p. 386.

Quando o juiz determinar medida diversa da requerida pela parte, esta deverá ser responsabilizada de forma objetiva nos termos do artigo 811 do CPC, uma vez que houve a manifestação do requerente para que o magistrado acautelasse o objeto litigioso, agindo este em conformidade com a finalidade pretendida pelo requerente<sup>23</sup>.

Neste sentido, Vicente Greco Filho salienta que quando há o pedido por parte do requerente, este deverá ser responsabilizado pelos danos que a execução da medida causar, mesmo que o magistrado determine aplicação de medida diversa.<sup>24</sup>

Todavia, quando da análise da responsabilidade civil na atuação *ex officio* do juiz, prevista no artigo 797 do CPC, a controvérsia se estabelece.

Por um lado, Cassio Scarpinella Bueno afirma que o Estado deverá ser objetivamente responsabilizado, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, visto que o julgador, devidamente investido em cargo público, exerce a função jurisdicional em representação ao Estado.<sup>25</sup>

Por este prisma, deve ser compreendido que os magistrados são representantes do Estado, desempenhando função jurisdicional, mas sempre agindo administrativamente, devendo respeitar os princípios da Administração Pública e exercer suas atividades nos limites impostos pela lei, ou seja, agir de forma vinculada aos princípios e mandamentos do ordenamento jurídico.

Porém, os julgadores poderão ser responsabilizados pelas medidas que adotarem quando restar constatada a má-fé, nos termos do artigo 133 do CPC, o qual estabelece que o juiz responderá pelas perdas e danos quando comprovada a fraude ou dolo no exercício de suas funções ou quando se recusar, omitir ou retardar providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

---

<sup>23</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 191.

<sup>24</sup> FILHO, Vicente Greco. op. cit., p. 164.

<sup>25</sup> “Em tais hipóteses, à falta de pedido da parte, não há como responsabilizá-la por eventuais danos. É típica situação em que deve ter ampla incidência o princípio agasalhado no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, de responsabilidade objetiva do Estado. É o Estado, com efeito, objetivamente responsável pelos danos que seus agentes, inclusive os magistrados, causarem na consecução de suas finalidades. Trata-se de situação que, (...), foi identificada como com o “erro judiciário” de que trata o inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal.” BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 191

Inobstante isso, a Lei Maior estabelece que o Estado será responsabilizado de forma objetiva pelos danos que seus agentes causarem a terceiros no desempenho de suas atividades.

Dessa forma, chega-se à conclusão de que o Estado, pessoa jurídica de direito público, deverá responder de forma objetiva nas hipóteses de “erro judiciário”, no qual se insere a atuação de ofício dos julgadores. Esse posicionamento é adotado pelo STJ<sup>26</sup>.

Todavia, há forte posicionamento em contrário, no qual se salienta que a responsabilização objetiva do Estado, quando da atuação de ofício dos juízes no exercício do poder geral de cautela, seria fator de inviabilização de tal via<sup>27</sup>.

Tal inviabilização se daria pelos riscos inerentes ao próprio processo cautelar, no qual se busca medidas, mediante cognição sumária, para neutralizar ou eliminar os efeitos corrosivos do tempo ou possíveis prejuízos que venham a ser acarretados pela atuação das partes.

Diante dessa configuração, a concessão de provimentos acautelatórios com base no artigo 797 da Lei Processual Civil causaria enorme insegurança jurídica para o Estado, face à instabilidade orçamentária que se instalaria.

Tal instabilidade orçamentária viria de encontro aos ditames impostos pelo ordenamento jurídico, já que este pugna pelo maior grau de certeza possível acerca dos débitos do Estado quando da aprovação do orçamento anual.

Portanto, a responsabilização decorrente da atuação de ofício do juiz no exercício de seu poder geral de cautela não seria do Estado, em decorrência da grave instabilidade orçamentária que se instalaria, nem do Juiz, uma vez que este é agente público devidamente investido para representar a Administração no desempenho da função judicante, mas sim da parte a quem se destinou a aplicação da medida.

---

<sup>26</sup> STJ, REsp 1357824 / RJ, Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 20/11/2013.

<sup>27</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. op. cit., p. 78.

## 4 TUTELAS DE URGÊNCIA

Na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, as tutelas de urgência se dividem em tutela cautelar e tutela antecipada, sendo que esta somente foi incluída pela Lei nº. 8.952 de 13 de dezembro de 1994.

O legislador previu tais institutos como uma forma de evitar que fatores externos ou internos, originados pela duração do processo, viessem a acarretar prejuízos ao bem jurídico demandado no processo principal, ou seja, funcionam como uma forma de garantir a efetividade jurisdicional.

Desta feita, importante analisar os principais pontos das tutelas de urgência, a fim de verificar sua relevância no cenário processual moderno.

### 4.1 Tutela cautelar

A tutela cautelar envolve um processo de riscos, contendo características e requisitos próprios, que, se preenchidos, obrigarão o juiz a aplicar a medida assecuratória mais adequada para a proteção do objeto litigioso.

Nesta senda, precisas são as lições de Vicente Greco Filho.

Desde o momento em que ocorre uma possível lesão até o momento em que, declarado o direito da parte, o Judiciário entrega ao credor um bem jurídico devido ou seu equivalente compensatório, muitos bens jurídicos permanecem, por longo tempo, envolvidos no processo ou aguardando os atos de satisfação final. Esses bens jurídicos, em virtude do tempo, correm perigo de deterioração, a ponto de poder tornar-se inútil toda a atividade jurisdicional se não existir um outro tipo de providências assecuratórias da subsistência e conservação, material e jurídica, desses bens. Com essa finalidade existem o processo cautelar e as medidas cautelares, que formam um tipo de atividade jurisdicional destinada a proteger bens jurídicos envolvidos no processo.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> FILHO, Vicente Greco. op. cit., p. 151.

Desta maneira, é fundamental analisar suas peculiaridades, a fim de se obter uma melhor compreensão do instituto como um todo.

#### **4.1.1 Características**

O processo cautelar possui pontos que o distinguem dos processos de conhecimento e de execução, tornando extremamente relevante a análise de suas características.

A preventividade é a primeira peculiaridade a ser destacada, uma vez que está intimamente relacionada com o mandamento constitucional previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

O referido dispositivo constitucional determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, a tutela jurisdicional não se dará somente após a efetivação do dano – lesão – mas também para evitar sua ocorrência – ameaça a direito – sendo que, aqui, inclui-se o processo cautelar, pois tem como finalidade proteger os bens jurídicos de possíveis danos acarretados pela duração do processo.

Outra característica que merece destaque é a provisoriedade, na qual se revela parte do caráter acessório das medidas cautelares, posto que são eficazes somente até a obtenção do resultado útil do processo.

Tal ponto está previsto na primeira parte do artigo 807 da Lei Processual Civil, estando disposto que “as medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal”.

Logo, denota-se que as medidas assecuratórias somente terão eficácia, se antecedentes, no período de trinta dias previstos pelo artigo 806 do CPC para o ajuizamento da ação principal, ou, se incidentais, enquanto durar o processo principal.



Marcelo Lima Guerra, lecionando sobre esta temática, afirma que “a provisoriedade da tutela cautelar se manifesta na peculiaridade desta forma de tutela, de estar fadada a, em razão da sua função específica (acessoriedade), a cessar seus efeitos tão logo o resultado útil do processo, à garantia do qual a tutela foi prestada, seja produzido.”<sup>29</sup>.

A acessoriedade do processo cautelar é sua principal característica, a qual está expressamente prevista no artigo 796 do CPC que expressa “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

Esta peculiaridade destaca que o processo cautelar terá como fim maior proteger o bem jurídico demandado no processo principal, do qual será sempre dependente, ao passo que nasceu para garantir a efetividade da jurisdição.

Parte da doutrina tende a diferenciar a acessoriedade da instrumentalidade do processo cautelar, levando em consideração sua finalidade, a qual é eminentemente processual – vocacionado à tutela mediata e indireta do direito material – ao passo que os processos de conhecimento e de execução têm escopo material, buscando de forma direta e imediata a tutela do direito material pretendido.

Neste azo, Lopes da Costa aduz que “nas medidas cautelares, em processo, as garantias não visam diretamente à satisfação do direito principal. Destinam-se a ser substituídas por outras, cujo material apenas preparam.”<sup>30</sup>.

Os provimentos cautelares, além disso, são apreciados mediante cognição sumária do juiz, isto é, o magistrado somente analisará a existência da plausibilidade do direito alegado e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Portanto, a concessão de medida cautelar não constitui decisão definitiva, não fazendo coisa julgada e podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que por decisão fundamentada.

---

<sup>29</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Op. cit., p.22.

<sup>30</sup> COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas preventivas – medidas preparatórias – medidas de conservação**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958, p. 15.

A segunda parte do artigo 807 do CPC prevê essa possibilidade de revogação ou modificação quando dispõe que “as medidas cautelares [...]; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

Resumindo a caracterização das medidas cautelares, Alfredo Buzaid assevera:

A ação cautelar é um poder processual autônomo, que corresponde à função preventiva, diversa da função declaratória e da função executiva. Nestas duas, a atividade jurisdicional consiste em assegurar a realização do direito. Na função cautelar, o escopo não é realizar o direito, mas garantir que ele se realize oportunamente. O seu caráter é instrumental e temporário. A garantia é destinada, como ensina Alberto dos Reis, não propriamente a fazer justiça, mas a dar tempo a que a justiça realize sua obra.<sup>31</sup>

Assim, nota-se que o processo cautelar possui características próprias, as quais o distinguem do processo de conhecimento e do executivo, e que devem ser observadas pelas partes e pelo julgador quando da aplicação da tutela assecuratória.

#### **4.1.2 Requisitos**

O deferimento da tutela cautelar está condicionado à verificação, pelo juiz, de dois requisitos fundamentais, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Inicialmente, é interessante analisar debate que, durante certo período, estabeleceu-se na doutrina, o qual orbitava em torno da alocação desses requisitos como condições da ação ou como sendo o próprio mérito do processo cautelar.

---

<sup>31</sup> BUZOID, Alfredo. “**Ação Cautelar**”. **Estudos e Pareceres de direito Processual Civil**. Organizado por Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002, p. 224.

O Código de Processo Civil de 1973, fortemente influenciado pelas ideias de Enrico Tullio Liebman, adotou uma visão eclética do direito de ação, o qual representava o próprio direito ao julgamento do *meritum causae*.<sup>32</sup>

Todavia, nesse modelo adotado pelo CPC, o julgamento do mérito, a ser proferido pelo juiz por meio de sentença, está condicionado ao preenchimento de algumas condições, as quais seriam inerentes à própria existência da ação. Tais condições se resumem na legitimidade das partes, na possibilidade jurídica do pedido e no interesse de agir.

Dispondo nesse sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco salienta que “embora em abstrato e ainda que até certo ponto genérico, o direito de ação pode ser submetido a condições por parte do legislador ordinário, que são as denominadas condições da ação.”<sup>33</sup>

A legitimidade das partes é condição inerente à titularidade do direito subjetivo material, isto é, somente aquele que for titular do direito pleiteado, nos termos da lei, poderá exercer o direito de ação. Tal noção está estampada no artigo 6º do CPC/73, o qual estabelece que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

A possibilidade jurídica do pedido representa a compatibilidade do pedido com os ditames do ordenamento jurídico, ou seja, a verificação se a pretensão formulada tem amparo no sistema normativo pátrio.

Já o interesse de agir subdivide-se em interesse-adequação, o qual estabelece a devida interação entre a pretensão e o instrumento processual; interesse-necessidade, determinando que a mobilização do aparato Judiciário seja a *ultima ratio* para a solução do conflito; e em interesse-utilidade, primando que o processo somente deverá ser utilizado quando puder propiciar o resultado dele pretendido.

---

<sup>32</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

<sup>33</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 280.

Galeno Lacerda entende que os requisitos cautelares se inserem nas condições da ação, pois julga que a falta acarreta a carência da ação.

Como na cautela não se cuida nem da declaração do direito material (função de conhecimento), nem de sua realização coacta (função de execução), mas da existência ou não de necessidade de segurança em face de risco iminente, não resta a menor dúvida de que a avaliação desta necessidade e deste risco, ou seja, do *periculum in mora*, singulariza interesse legítimo em eliminá-lo, como condição peculiar, não só da ação como de toda a função cautelar, incluídas as providências voluntárias. Sua falta provoca juízo de carência.<sup>34</sup>

Contrapondo-se a este posicionamento, Ovídio Batista da Silva considera que tais requisitos são inerentes ao próprio mérito do processo cautelar, afirmando que “o juiz, ao decidir sobre esses pressupostos, decide o mérito da controvérsia cautelar.”.<sup>35</sup>

Vicente Greco Filho também defende que o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* compõem o mérito cautelar, tendo em vista que sem eles há a improcedência da ação.<sup>36</sup> Além disso, este é o posicionamento hodiernamente adotado pelo STJ<sup>37</sup>.

Tais requisitos, portanto, devem ser vistos como o próprio mérito do processo cautelar, uma vez que neste o juiz restringi-se a verificar se estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o que se fará mediante cognição sumária, já que a análise detalhada (exauriente) do direito posto deverá ser realizada na demanda principal, a qual tem o condão de fazer coisa julgada, fenômeno que não se verifica nas ações cautelares.

#### **4.1.2.1 Periculum in mora**

<sup>34</sup> LACERDA, Galeno. op. cit., p. 212.

<sup>35</sup> SILVA, Ovídio Batista da. **As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 74.

<sup>36</sup> FILHO, Vicente Greco. op. cit., p. 153.

<sup>37</sup> STJ, REsp 495933 / RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, T1, Data do Julgamento: 16/03/2004, DJe. 19/04/2004, p. 155.

O processo é o instrumento pelo qual o Estado, por meio de seu poder jurisdicional, busca resolver os conflitos de interesses existentes na sociedade.

No entanto, como já detalhadamente explicitado, o processo demanda uma duração razoável para que haja seu necessário amadurecimento, o que, em algumas situações, revela perigo não só para o bem jurídico tutelado, mas à própria efetividade jurisdicional.

Nessa toada, Marcelo Lima Guerra destaca que o *periculum in mora* “não representa um risco a direitos subjetivos, diretamente, mas à possibilidade de prestação efetiva da tutela jurisdicional relativa aos direitos subjetivos.”<sup>38</sup>.

Alexandre Freitas Câmara também destaca que “esta iminência de dano irreparável (ou de difícil reparação), tradicionalmente denominada *periculum in mora*, não é capaz de afetar o direito substancial, mas gera perigo, tão somente, para a efetividade do processo.”<sup>39</sup>.

Desta sorte, é função das medidas cautelares tentar neutralizar ou eliminar o *periculum in mora*, a fim de que haja a efetividade da tutela jurisdicional.

Cassio Scarpinela Bueno, dissertando sobre o tema, frisa que “o *periculum in mora* [...] impõe-se a pronta atuação do Estado-juiz para evitar que o tempo inerente à prestação da tutela jurisdicional seja obstáculo à fruição plena do direito que se afirma na iminência de ser lesionado.”<sup>40</sup>.

Além disso, é salutar enfatizar que a doutrina tem se posicionado pela existência de duas espécies de perigo, conforme é facilmente observado pelas precisas palavras de Alexandre Freitas Câmara:

A doutrina mais autorizada tem afirmado a existência de dois tipos distintos de situações de perigo, nos termos do que aqui se fez. Fala-se em *pericolo*

---

<sup>38</sup> GUERRA, Marcelo Lima. op. cit., p. 16.

<sup>39</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 38.

<sup>40</sup> BUENO, Cassio Scarpinela. op. cit., p. 204.

*di infruttuosità* e em *pericolo di tardività*. O primeiro dos tipos de periculum in mora corresponde às situações de perigo para a efetividade do processo principal, já que este não seria frutuoso (ou seja, não produziria bons resultados). O segundo tipo de periculum in mora é o perigo de morosidade, em que se verifica a existência de risco de dano para o direito substancial, caso em que será adequada a tutela antecipatória.<sup>41</sup>

Tal requisito, portanto, manifesta-se pela existência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, em que deverá o juiz, a requerimento das partes ou *ex officio*, aplicar medidas assecuratórias para garantir a integralidade do bem jurídico e a efetividade da jurisdição.

#### 4.1.2.2 *Fumus boni iuris*

O requisito do *fumus boni iuris* traduz-se na expressão “fumaça do bom direito”, ou seja, na demonstração da plausibilidade do direito alegado pelas partes.

Este requisito, em verdade, mostra-se como uma previsibilidade hipotética, uma vez que representa a probabilidade de que o direito alegado pela parte seja o amparado pelo ordenamento jurídico.

Percebe-se que tal requisito possui conceituação extremamente imprecisa, tanto que Humberto Theodoro Jr. doutrina que “somente é de cogitar-se da ausência do ‘fumus boni iuris’ quando, pela aparência exterior da pretensão substancial, se divise a fatal carência da ação ou a inevitável rejeição do pedido pelo mérito.”<sup>42</sup>.

Impende sobrelevar, ainda, que a aferição dessa probabilidade deve ser realizada pelo juiz mediante cognição sumária, isto é, pela análise superficial da verossimilhança dos fatos alegados. No entanto, deverá o magistrado fundamentar sua decisão, demonstrando a plausibilidade do direito alegado, a fim de que o deferimento de providência cautelar não se configure como um ato arbitrário.

<sup>41</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 39.

<sup>42</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Tutela Jurisdicional Cautelar.**, apud GUERRA, Marcelo Lima. Estudos sobre o Processo Cautelar. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 26.

Assim, o *fumus boni iuris* revela-se como a exposição sumária do direito ameaçado, o qual deverá ser tutelado pelo juiz, para que resultado final do processo principal não reste prejudicado, preservando, com isso, a efetividade da jurisdição.

#### **4.1.3 Cautelares típicas e atípicas**

O Brasil adotou um sistema misto de tutelas cautelares, pois estabeleceu, no mesmo ordenamento, medidas individual e genericamente determinadas em Lei.

A praxis forense fez que o legislador rotulasse alguns remédios cautelares que deveriam ser utilizados em situações pré-definidas, estando elas disciplinadas no Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil de 1973, e sendo usualmente denominadas cautelares típicas ou nominadas.

Porém, diante da impossibilidade de se prever todas as providências assecuratórias necessárias para proteger os bens jurídicos em litígio e a própria efetividade jurisdicional, surgiram as cautelares atípicas ou inominadas.

As medidas típicas possuem regramentos próprios, devendo o magistrado observá-los quando da aferição do caso concreto, ao passo que as cautelares atípicas têm como fundamento infraconstitucional o poder geral de cautela previsto no artigo 798 do Digesto Processual Civil, e constitucional o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Importante frisar que os julgadores não poderão realizar a aplicação indiscriminada do poder geral de cautela, pois somente deve ser utilizado quando a Lei não previr nenhum remédio específico para a situação em análise.

Lecionando sobre esta temática, assim aduz Humberto Theodoro Júnior:

[...] ao regular o poder geral de cautela do juiz, a lei, segundo a experiência da vida e a tradição do direito, prevê várias providências preventivas, definindo-as e atribuindo-lhes objetivos e procedimentos especiais. A essas medidas atribui-se a denominação de medidas cautelares 'típicas' ou

‘nominadas’. [...]. Mas a função cautelar não fica restrita às providências típicas, porque o intuito da lei é assegurar meio de coibir qualquer situação de perigo que possa comprometer a eficácia e utilidade do processo principal. Daí existir, também, a previsão de que caberá ao juiz determinar outras medidas provisórias, além das específicas, desde que julgadas adequadas, sempre que houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão de grave e difícil reparação.<sup>43</sup>

Portanto, é evidente a divisão das medidas cautelares em típicas e atípicas, tendo cada categoria seus próprios fundamentos e suas hipóteses de aplicabilidade, mas finalidade idêntica, neutralizar ou eliminar os efeitos do *periculum in mora*, protegendo o bem jurídico do processo principal.

#### **4.1.4 Processo cautelar e processo principal**

Uma das principais características da tutela cautelar é sua acessoriedade, pois os provimentos assecuratórios são utilizados para garantir a efetividade da tutela jurisdicional pleiteada em um processo de conhecimento ou de execução.

Acerca desta temática, importante colacionar os ensinamentos de Marcelo Lima Guerra:

[...] a característica reconhecida como a mais marcante da tutela cautelar, e que melhor traduz as especificidades apontadas do *periculum in mora*, é a da instrumentalidade ou acessoriedade, como é bastante conhecida na doutrina e na jurisprudência. Tal característica parece evidente à luz da mencionada especificidade do *periculum in mora*, a saber, que ele consiste, imediatamente, em uma ameaça à efetividade da tutela jurisdicional, e não aos direitos subjetivos que possam ser, eventualmente, reconhecidos ou satisfeitos através desta última. Compreende-se, portanto, que a função específica da tutela cautelar impõe um correlacionamento necessário de cada medida a uma outra providência jurisdicional (que se diz principal) em relação à qual a medida deve funcionar como garantia, eliminando ou neutralizando o *periculum in mora*, cuja própria existência deve ser aferida tomando-se em consideração a providência principal.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processo Civil**. 20ª Ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 377.

<sup>44</sup> GUERRA, Marcelo Lima. op. cit., p. 18.



O artigo 796 estabelece que “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”. A partir desta transcrição, nota-se que o processo cautelar poderá ser preparatório ou incidental.

O processo cautelar será preparatório sempre que for iniciado antes do processo principal e com o fim de resguardar o bem jurídico que futuramente será alvo de demanda.

Nessa espécie, a demanda principal deverá ser iniciada no prazo de trinta dias da data da efetivação da medida cautelar preparatória, conforme bem elucida o artigo 806, sob pena de cessação da eficácia do provimento.

Quando incidente o procedimento cautelar, ou seja, quando ajuizada ação cautelar no curso do processo principal, aquele deverá seguir apenso a este, sendo que os resultados obtidos em um influenciarão no prosseguimento do outro.

Deste modo, nota-se que o processo cautelar, em regra, não tem caráter satisfativo, ao passo que busca assegurar os resultados de uma demanda principal, seja ela de conhecimento ou de execução.

Todavia, há situações em que a tutela cautelar e a principal se confundem, ganhando aquela certa satisfatividade, como ocorre no caso dos alimentos provisionais, em que o juiz, verificando a existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, fixará alimentos, em caráter provisório, ao alimentante. Ocorre que tais alimentos são irrepetíveis, isto é, por sua própria natureza, não podem ser futuramente restituídos<sup>45</sup>.

Portanto, o processo cautelar, em regra, é um remédio utilizado para que o Estado, no exercício do seu *ius imperium*, salvguarde o provimento pleiteado pelas partes das intempéries acarretadas pela necessária duração do processo principal, motivo pelo qual deste será sempre dependente.

---

<sup>45</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 13ª Ed. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 346-347.

## 4.2 Tutela antecipada

O instituto da tutela antecipada, como o próprio nome já está a frisar, representa a antecipação dos provimentos jurisdicionais pleiteados, isto é, o juiz deverá conceder a tutela requerida pela parte no momento em que verificar a ocorrência de determinados pressupostos que são característicos da tutela de urgência.

A legislação processual civil brasileira, porém, previa uma aplicação restrita desse instituto, sendo utilizado apenas em alguns procedimentos específicos, tais como nas ações possessórias, nos mandados de segurança e nas ações de alimentos<sup>46</sup>.

Ocorre que, com a evolução dos anseios sociais, os quais passaram a ser cada vez mais complexos e a exigir providências jurisdicionais mais rápidas, tal lacuna legislativa se tornou mais evidente, demonstrando a inadequação da sistemática processual na busca para oferecer meios mais eficazes para solucionar os litígios.

Frente a essa insuficiência, as medidas cautelares atípicas vieram a ser utilizadas como meios para a obtenção de tutelas satisfativas, passando os juízes, amparados pelo poder geral de cautela, a conceder as chamadas “cautelares satisfativas”.

Todavia, a acessoriedade, principal característica da tutela cautelar, passou a ser mitigada, tendo em vista que o processo principal começou a representar uma mera confirmação do processo cautelar.

Diante deste cenário, e para tentar reestabelecer a integridade fenomenológica das demandas cautelares, o legislador, por meio da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou os artigos 273 e 461, § 3º, do Código de Processo Civil, inseriu no ordenamento jurídico a figura da tutela antecipada.

---

<sup>46</sup> JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II, 4ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 465.

Fredie Didier Júnior, neste ponto, destaca que “o § 3º do art. 461 destina-se à tutela antecipada em ações de prestação de fazer, não-fazer ou dar coisa distinta de dinheiro, enquanto que o artigo 273 cuidaria da antecipação dos efeitos da tutela nas ações declaratórias, constitutivas e de prestação pecuniária.” Diante disso, afirma que “não há processo, portanto, que não contenha regra que permita a antecipação de tutela.”<sup>47</sup>

Com isso, houve uma ampliação no campo de aplicação da antecipação de tutela, não sendo mais plausível a utilização de medidas cautelares para fins satisfativos, posto que não se coaduna com sua natureza.

Entretanto, para que a tutela antecipada seja concedida, faz-se necessário que o magistrado observe a presença de alguns pressupostos que estão presentes no artigo 273, a fim de que sua aplicação não se dê de maneira arbitrária e indiscriminada.

#### **4.2.1 Pressupostos**

O artigo 273 do CPC destaca que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”.

Pela dicção do supracitado dispositivo legal, percebe-se que o legislador estabeleceu alguns pressupostos necessários para que a tutela antecipada pudesse ser concedida, quais sejam: i) prova inequívoca, ii) verossimilhança das alegações, iii) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou iv) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

---

<sup>47</sup> JÚNIOR, Fredie Didier. Op. cit., p. 467.

É importante salientar que tais pressupostos devem ser observados de forma conjunta, sendo, necessariamente, a prova inequívoca suficientemente apta a demonstrar a verossimilhança do dano irreparável ou de difícil reparação ou do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu.

A prova inequívoca é aquela suficiente para convencer o juiz da verossimilhança dos fatos alegados, ou seja, que demonstre ao magistrado o fundado receio de dano ou o abuso do direito de defesa ou, ainda, o manifesto propósito protelatório do réu.

Todos os meios de prova poderão ser utilizados para esse fim, no entanto a valoração do conteúdo probatório é atividade intrínseca do magistrado, uma vez que é este o destinatário final da prova.

Cassio Scarpinella Bueno corrobora com tal posicionamento, chegando a asseverar que “deve ser prestigiada a interpretação de que quaisquer meios de prova – respeitado, sempre, o limite constitucional do art. 5º, LVI – podem conduzir o magistrado à antecipação da tutela jurisdicional para os fins aqui discutidos.”<sup>48</sup>.

A verossimilhança, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “deve considerar o valor do bem jurídico ameaçado, a dificuldade de o autor provar suas alegações, a credibilidade da alegação e a própria urgência descrita.”<sup>49</sup>.

Desse modo, o julgador deverá analisar todas as peculiaridades que a situação apresenta, pois a verossimilhança é um “conceito variado”, sofrendo mutações de acordo com as especificidades do caso concreto.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é uma característica não só da tutela antecipada, mas é da essência das tutelas de urgência.

Este pressuposto é mais uma expressão do princípio da efetividade jurisdicional, ao passo que representa a tentativa do Estado de proteger os bens

---

<sup>48</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 39.

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 210.

jurídicos de possíveis deteriorações que não poderiam ser evitadas antes da sentença sem a concessão da antecipação de tutela.

No mais, o legislador inovou ao prevê a possibilidade de concessão de tutela antecipatória em casos de abuso do poder de defesa e de manifesto propósito protelatório do réu.

É certo que nessas hipóteses não há um caráter de urgência, mas sim de punição àqueles que se valeram de suas prerrogativas de modo impróprio, portanto é uma espécie de tutela antecipada sancionatória.

Os embaraços a ser criados pelo réu podem ser tanto endoprocessuais - caso de retirada dos autos da vara e a não devolução no prazo determinado, o requerimento de produção de provas claramente descabidas – como extraprocessuais – o envio de notificações, e-mails ou cartas no sentido de postergar o ajuizamento de determinada ação<sup>50</sup>.

Esses são os pressupostos exigidos pelo legislador para que o juiz conceda a tutela antecipada, devendo sempre observar o princípio da proporcionalidade, a fim de adotar um juízo necessário e adequado para o exercício do poder geral de antecipação.

#### **4.2.2 Poder Geral de Antecipação**

Com a generalização da tutela antecipada, surgiu para o juiz a figura do poder geral de antecipação, o qual, nas sábias palavras de Fredie Didier Júnior, “é aquele conferido ao órgão jurisdicional para que conceda medidas provisórias e sumárias que antecipem a satisfação do direito afirmado, quando preenchidos os respectivos pressupostos legais.”<sup>51</sup>.

No entanto, com o surgimento desse instituto, a doutrina passou a ampliar os estudos quanto ao grau de liberdade que era conferido aos juízes, a fim de tornar

---

<sup>50</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., PP. 45-46.

<sup>51</sup> JÚNIOR, Fredie Didier. Op. cit., p. 465.

claro se tal poder seria uma discricionariedade do julgador ou um dever imposto ao mesmo, que teria de ser exercitado sempre que observados os pressupostos legais.

Hodiernamente, na doutrina, prevalece o entendimento de que o juiz, quando do exercício do poder geral de antecipação, deverá observar se há ou não o preenchimento dos requisitos impostos pelo artigo 273 do CPC, sendo que em caso positivo deverá conceder a antecipação e, caso contrário, negá-la.

Logo, não há uma faculdade, mas sim uma obrigação jurisdicional, à medida que o julgador não poderá, mediante critérios subjetivos, decidir pela concessão ou não da tutela antecipada.

#### **4.2.3 Fungibilidade entre a tutela antecipada e a cautelar**

A tutela antecipada, quando de seu surgimento, proporcionou inúmeras dúvidas na doutrina pátria, a qual, em um primeiro momento, optou por estabelecer severas distinções entre ela e a tutela cautelar, não sendo compreendidas como espécies do gênero tutelas de urgência.

Ocorre que a influência da doutrina italiana e a prática forense fizeram que os juristas pátrios passassem a observar as inúmeras semelhanças existentes entre ambas as tutelas, o que as aproximava e, até mesmo, gerava enormes confusões no cenário prático, já que eram requeridas medidas cautelares em sede de antecipação de tutela e vice-versa.

Observando tal fenômeno, Luiz Guilherme Marinoni enfatiza que “com a instituição do novo art. 273, verificou-se na prática forense certa dificuldade em precisar a natureza da tutela de cognição sumária contra o *periculum in mora*, especialmente daquela que pode ser concedida nas ações declaratória e constitutiva.”<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 224.

Diante de tal cenário, o legislador, por meio da Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, inseriu o § 7º ao artigo 273, estabelecendo que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Tal normatização prevê a fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, possibilitando uma maior abertura para a introdução da ideia das tutelas de urgência, como bem salienta Cândido Rangel Dinamarco<sup>53</sup>, *in litteris*:

A fungibilidade entre as duas tutelas deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas urgentes - ou seja, para a descoberta de que muito há, na disciplina explícita das medidas cautelares, que comporta plena aplicação às antecipações de tutela.

A inserção desse dispositivo na sistemática processual civil trouxe novas possibilidades e perspectivas para os estudiosos e operadores do direito, tendo em vista que representa mais uma alternativa para garantir a efetividade jurisdicional, fazendo que o Estado cumpra com o papel que lhe é conferido pelo *ius imperium*.

A fungibilidade vem a adequar a sistemática das tutelas de urgência ao “modelo constitucional do processo civil”, uma vez que ambas as formas de tutela têm o mesmo objetivo, a garantia da efetividade jurisdicional, isto é, proteger o bem jurídico de possíveis danos que possam vir a ocorrer durante o trâmite processual.

Desta feita, a conscientização de que a visão distintiva que afastava a tutela antecipada da cautelar resta enfraquecida na atualidade, é fundamental não só para o aperfeiçoamento do “modelo constitucional do processo civil”, mas também para a evolução do processo como um todo, resultando no sincretismo hodiernamente observado.

O § 7º do artigo 273 do CPC veio, portanto, para possibilitar que o juiz concedesse tutela de urgência em processos de conhecimento quando a natureza

---

<sup>53</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 91-92.

do provimento requerido fosse duvidosa (cautelar ou antecipatória), a fim de que o resultado último do processo não deixasse de ser obtido em detrimento a formalidades que não se adéquam com as garantias constitucionais insculpidas no artigo 5º, principalmente a disposta no inciso XXXV.

Todavia, uma dúvida se estabeleceu no seio doutrinário: a fungibilidade do § 7º do artigo 273 do CPC seria uma via de mão dupla?

Inicialmente, adotou-se o pensamento pregado por Humberto Theodoro Júnior, o qual afirmava que a fungibilidade somente poderia se dar de forma regressiva, isto é, da antecipação de tutela satisfativa para a tutela cautelar.

Tal processualista adverte que “não se pode tolerar a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.”<sup>54</sup>.

Este pensamento encontra amparo quando se analisa a literalidade do § 7º do artigo 273, visto que somente dispõe acerca de pedido de natureza cautelar em sede de antecipação de tutela.

Entretanto, tal corrente perdeu força, passando a imperar a noção de fungibilidade de mão dupla defendida por Cândido Rangel Dinamarco, o qual frisa que, se os requisitos estiverem preenchidos, deverá o magistrado conceder tutela antecipada em vias de cautelar e a cautelar em vias de tutela antecipada.<sup>55</sup>

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado pela mão dupla da fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipatória.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. Tutela de emergência. Antecipação de Tutela e medidas cautelares”. **O Processo Civil no Limiar do Novo Século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 94.

<sup>55</sup> “O novo texto deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação da tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto pode substituir um por outro, como outro por um.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 92.

<sup>56</sup> STJ, REsp 777293 / RS, Relator Ministro PAULO FURTADO, TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 09/02/2010, DJe 24/02/2010.



Portanto, o entendimento pela fungibilidade de mão dupla é o que hodiernamente predomina na doutrina e na jurisprudência, constituindo uma forma de solidificar a ideia de um “modelo constitucional do processo civil” em que sempre se busca privilegiar as garantias individuais e a efetividade jurisdicional.

## 5 AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CPC

A sociedade brasileira, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, vem passando por um processo de inserção contínua de novas tecnologias. Uma dessas inovações foi a internet, rede que propaga milhares de informações em intervalos mínimos de tempo.

Tais mudanças acarretaram uma nova dinâmica no meio social, a qual se caracteriza pela velocidade.

Ocorre que a codificação processual civil não acompanhou o desenvolvimento social em voga, fato que tem gerado enorme insatisfação popular, tendo em vista que o processo, por sua própria natureza, demanda certo lapso temporal para que se desenvolva. Esta duração, todavia, causa sérios obstáculos à efetividade jurisdicional.

Diante deste cenário, a doutrina tem buscado conferir um maior grau de instrumentalidade ao processo, a fim de que se adéque ao “modelo constitucional do processo civil” inserido pela Carta Magna de 1988.

A Constituição Cidadã previu, em seu artigo 5º, diversas garantias fundamentais que devem ser respeitadas, dentre as quais ganham especial destaque o acesso à justiça, o devido processo legal e a duração razoável do processo.

O Estado deve buscar meios para que tais princípios sejam respeitados, tendo em vista que sua observância implica na efetividade jurisdicional, constituindo-se em corolários do Estado Democrático de Direito.

Humberto Theodoro Júnior, neste ponto, assim dispõe:

Durante quase duas décadas o Código de Processo Civil de 1973 tem sofrido numerosas alterações, todas justificadas pela busca da efetividade da tutela jurisdicional, inspirando-se sempre nas garantias constitucionais do acesso à justiça, mediante observância do devido processo legal, da moderna visão da instrumentalidade e da duração razoável do processo,

bem como do emprego de medidas tendentes a garantir a celeridade de sua tramitação.<sup>57</sup>

É de se ressaltar que a noção de instrumentalidade do processo ganhou especial relevo a partir do fortalecimento do princípio do acesso à justiça, ao qual foi conferido caráter fundamental, porquanto impôs que os cidadãos deveriam buscar o auxílio do Poder Judiciário para evitar lesões ou ameaças a direitos, não podendo o Estado se escusar do cumprimento de tal função.

Frise-se que tal “norma de otimização” deverá ser justa e efetiva, a fim de conferir a segurança prevista no ordenamento jurídico, como resta encartado no próprio preâmbulo da Carta Magna ao salientar que o Estado Democrático será destinado a assegurar a segurança como forma de solução pacífica das controvérsias.

É diante deste cenário que surge a ideia de uma nova codificação processual civil, a qual foi levada ao Senado Federal mediante o Projeto de Lei nº. 166/2010, que teria como objetivo principal simplificar o processo, tornando-o mais célere e justo, a fim de atender aos anseios da sociedade.

A simplificação do processo proposta pelo novo CPC se expressa em cinco pontos principais, os quais restaram expressos na exposição de motivos do PLS nº. 166/2010.

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes,

---

<sup>57</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. **O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo**. Revista de Informação Legislativa. Vol. 48, n. 190, 2011, pp. 237-263.

imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.<sup>58</sup>

Pela leitura do excerto acima, depreende-se que os membros competentes para a elaboração do projeto estão buscando reduzir as complexidades do processo, adequando-o ao modelo constitucional vigente.

O novo projeto, como já salientado, tenta estreitar as relações entre o processo e a Constituição, adotando normas que expressem a feição processual dos direitos fundamentais.

Os pontos 2, 3 e 4 expressam a enorme preocupação que hodiernamente existe acerca da efetividade jurisdicional. O PLS nº. 166/2010 tenta possibilitar aos magistrados a oportunidade de julgar os processos de acordo com a realidade fática que o caso impõe. Para isso, preserva alguns institutos da codificação de 1973 que deram resultados positivos, estabelece novos mecanismos e prevê uma nova forma de aplicação de alguns meios de tutela.

Por fim, tem-se a organicidade do sistema, critério mais formal que foi propositadamente previsto como o último objetivo, a fim de passar a mensagem de que a nova codificação primará pela simplicidade das formas procedimentais do processo.

O seguinte excerto extraído da exposição de motivos do PLS nº. 166/2010, muito bem expressa essa intenção:

Não se deixou de lado, é claro, a necessidade de se construir um Código coerente e harmônico *interna corporis*, mas não se cultivou a obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, em detrimento de sua funcionalidade.

De fato, essa é uma preocupação presente, mas que já não ocupa o primeiro lugar na postura intelectual do processualista contemporâneo.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166/2010. Dispõe sobre o anteprojeto do novo código de processo civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 de março de 2014. Texto original.

<sup>59</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166/2010. Dispõe sobre o anteprojeto do novo código de processo civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 de março de 2014. Texto original.

Portanto, para se chegar a um processo justo e célere, faz-se necessário que este não seja visto como uma estrutura rígida e absoluta, mas sim como um fenômeno maleável e relativo que sempre buscará as alternativas mais adequadas para a solução da situação *in concretum*.

Diante desta situação, ganha relevo a nova linha adotada pela doutrina de aproximação entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, prevendo o novo CPC a inclusão no sistema processual da tutela de urgência, trazendo normas procedimentais mais simplificadas e que integram as duas formas de tutela, cautelar e antecipada.

Nessa toada, Juvêncio Vasconcelos Viana destaca que o projeto de novo CPC traz um regime jurídico único para as tutelas de urgência, o qual terá como principal escopo uniformizar os procedimentos da tutela antecipada e da cautelar<sup>60</sup>.

As aproximações entre a tutela cautelar e a antecipada já vinha sendo uma tendência na doutrina moderna, em decorrência da própria instrumentalidade. Essa nova concepção de tutela de urgência (cautelar e antecipada) passou a ganhar forma na sistemática processual pátria a partir da introdução do § 7º ao artigo 273, o qual previu a fungibilidade entre ambas as formas de tutela.

O “regime jurídico único” das medidas de urgência poderá acarretar uma “evolução” e uma “involução” do sistema processual brasileiro. “Evolução” pelo fato de que a concessão de medidas emergenciais se dará de forma mais simples, não devendo se ater a peculiaridades formais que somente dificultavam a prestação da tutela jurisdicional. “Involução” pelo prisma de que a tutela cautelar poderá ser suprimida pela constante e, algumas vezes, inapropriada utilização da tutela antecipada, o que poderá gerar o desaparecimento das medidas cautelares.

É de bom alvitre enfatizar que a preferência pela celeridade não pode se sobrepor aos princípios da duração razoável do processo e do devido processo legal, uma vez que a demanda necessita de tempo para que se estabeleça a

---

<sup>60</sup> “[...] um “regime jurídico único” para a tutela de urgência, ou seja, uma uniformização na forma de pugnar, obter e efetivar uma e outra. A tutela cautelar, hoje, nos leva a uma duplicação de processos (o cautelar e o principal); já a tutela antecipada é pedida nos próprios autos. É inegável que, de tempos para cá, tem se investido muito mais nas aproximações que nas diferenças entre as medidas de urgência. A futura disciplina consagrará isso, também revelando uma clara linha de simplificação.” VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Op. cit., p. 130.

dialeticidade que lhe é característica e para que o juiz possa analisar todos os fatos e fundamentos trazidos à lide, formando seu convencimento, para então proferir uma sentença justa e eficaz.

O projeto de novo CPC, ainda quanto à tutela de urgência, prevê um instituto que visa a estabilizar as medidas assecuratórias concedidas, ou seja, tais medidas ganhariam caráter satisfativo, fato que viria a desnaturar a natureza eminentemente provisória das mesmas.

Todavia, para que ocorra a estabilização é necessário o preenchimento de dois requisitos específicos, quais sejam: i) que a medida seja antecedente e ii) que o réu, quando citado, não impugne a concessão da medida.

Quanto a tal instituto, Juvêncio Vasconcelos Viana ressalta:

Sempre aprendemos que as medidas cautelares e antecipatórias seriam marcadas pela provisoriedade. Mas, a vingar a ideia de estabilização, uma decisão proferida em cognição sumária, antecedente à causa, trará em si própria a possibilidade - acaso não impugnada - de perpetuar seus efeitos. O pedido principal (posterior, de mérito) torna-se algo eventual. O juiz decidirá, extinguirá o processo, mas manterá a eficácia do provimento (sem que se fale aí em coisa julgada). Trata-se de medida nova, inspirada em outras do Direito estrangeiro (em especial do francês), e que, sem dúvida, trará perplexidades.<sup>61</sup>

É interessante frisar que a estabilização da medida não faz coisa julgada, tendo em vista que o evento foi decidido mediante cognição sumária. Desta feita, poderá a parte ajuizar ação com o intuito de solidificar tal medida no cenário jurídico, isto é, tornar-lhe imutável<sup>62</sup>.

Neste sentido, traz-se novamente a lume a exposição de motivos do PLS nº. 166/2010:

---

<sup>61</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Op. cit., p. 130.

<sup>62</sup> “A tutela de urgência e de 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.” BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166/2010. Dispõe sobre o anteprojeto do novo código de processo civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 de março de 2014. Texto original.

Tal ideia está consagrada no texto do artigo 283 do projeto de novo CPC,  
*vide*:

Art. 293. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.  
Parágrafo único. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no caput.<sup>63</sup>

Fundamental destacar uma contradição que se impõe com a aplicação do instituto da estabilização. As tutelas cautelar e antecipada, pela codificação de 1973, tinham como uma de suas características principais a provisoriedade, servindo como um “remédio” para neutralizar ou eliminar os efeitos do *periculum in mora*. A partir do estudo dessa característica, a modificabilidade ou revogabilidade do provimento assecuratório era consequente lógico, uma vez que poderia ser alterado ou, até, extinto quando atingisse sua finalidade, resguardar o bem jurídico.

No entanto, com a estabilização, as tutelas de urgência perdem seu caráter provisório, passando a ser satisfativas. Ocorre que tal satisfatividade não é absoluta, mas sim relativa, ao passo que a medida estabilizada não poderá fazer coisa julgada. Contudo, a satisfatividade relativa impõe a provisoriedade, a qual não se coaduna com o fenômeno da estabilização.

Posto isso, verifica-se que existem diversos pontos do projeto de novo CPC que merecem ser profundamente debatidos, a fim de que não se instituem mecanismos contraditórios, os quais, em vez de simplificar o processo, irão torná-lo mais complexo.

Dentre os pontos que merecem destaque no cenário das tutelas de urgência, o poder geral de cautela ganha especial relevo, devendo ser analisado se a nova codificação ampliará ou reduzirá seu campo de atuação.

---

<sup>63</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166/2010. Dispõe sobre o anteprojeto do novo código de processo civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 de março de 2014. Texto original.

## 6 O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROJETO DE NOVO CPC

O Código de Processo Civil de 1973 prevê um livro específico para disciplinar o processo cautelar. Neste há toda a normatização correspondente às cautelares nominadas, fundamentadas nas próprias regras estabelecidas pelo código, e inominadas, baseadas no poder geral de cautela.

O poder geral de cautela no âmbito da Lei Processual de 1973 é previsto nos artigos 797 e 798, os quais determinam que o juiz poderá adotar as medidas assecuratórias mais adequadas ao caso, mesmo que diversa da requerida pelas partes ou, até mesmo, de ofício<sup>64</sup>.

Tal disciplina, portanto, tem como finalidade precípua garantir a efetividade jurisdicional, no entanto o exercício de tal poder não poderá se dar de forma imotivada e arbitrária, posto que a própria legislação prevê limites que devem ser respeitados.

Tais limitações são fundamentais, na medida em que criam dificuldades para o abuso de poder dos julgadores, os quais deverão escolher os provimentos mediante a análise de critérios objetivos condizentes com a dogmática do ordenamento jurídico.

Dentre os limites que o CPC impõe, pode-se frisar a necessidade, a provisoriedade e a proporcionalidade. A necessidade se impõe no sentido de que tal poder somente deve ser utilizado quando não houver nenhuma outra medida que se adéque ao caso, ou seja, deve ser excepcional. A provisoriedade impõe que o provimento somente gere efeitos enquanto for útil para salvaguardar o bem do processo principal. A proporcionalidade, por fim, determina que o magistrado

---

<sup>64</sup> “O poder geral de cautela é, portanto, um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar inadequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal. Trata-se de poder que deve ser exercido de forma subsidiária, pois que se destina a completar o sistema, evitando que fiquem carentes de proteção aquelas situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar típica.” CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 49.



escolha medida capaz de garantir seu fim último, que seja menos gravosa e que traga mais benefício do que malefícios.

Desta feita, denota-se que os juízes, na sistemática processual vigente, possuem um amplo campo para o exercício do poder geral de cautela, devendo, porém, respeitar certos limites que se fazem necessários dentro do “modelo constitucional de processo civil”.

O projeto de novo CPC traz, em seu texto, algumas modificações importantes na seara da tutela cautelar, implicando diretamente no poder geral de cautela.

Uma das principais alterações que se observa é a extinção do Livro IV que era destinado exclusivamente para o processo cautelar. Diante desta modificação, a disciplina da tutela cautelar foi alocada na parte geral da nova codificação, mais especificamente no Título IX, denominado “Tutela de Urgência e Tutela da Evidência”.

O novo CPC optou por adotar a linha de aproximação entre as tutelas cautelar e antecipada que já era evidente no direito alienígena e que, hodiernamente, prevalece na doutrina pátria.

Juvêncio Vasconcelos Viana adverte que “o novo CPC quer trazer o passo seguinte, qual seja, uma aproximação legal plena entre uma e outra forma de tutela de urgência, moldando, inclusive, um regime jurídico único para essas medidas.”.<sup>65</sup>

A adoção dessa nova sistemática, porém, traz enormes implicações para o poder geral de cautela, uma vez que a tutela cautelar e a antecipada serão disciplinadas pelas mesmas normas.

Nessa toada, inicialmente é fundamental destacar que haverá uma “fusão” entre o poder geral de cautela e o poder geral de antecipação, o que, *per si*, já redundará em uma ampliação dos poderes do magistrado.

---

<sup>65</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Op. cit., p. 131.

A concessão de medidas urgentes estará condicionada à verificação da existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, isto é, da plausibilidade do direito e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação acarretados pela duração do processo.

Neste azo, os juristas responsáveis pela elaboração da nova Lei Processual Civil, na exposição de motivos, asseveram que “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.”<sup>66</sup>.

O artigo 283 do projeto de novo CPC evidencia o pensamento exposto acima:

Art. 283. Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.<sup>67</sup>

Os juízes, portanto, disporão de um “poder geral de urgência”, o qual terá como requisitos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e que poderá ser exercitado quando requerido pelas partes ou quando o magistrado achar conveniente para a preservação do bem objeto do litígio, ou seja, *ex officio*.

A expressão normativa de tal poder estará encartada nos artigos 278 e 284 da futura codificação, *vide*:

Art. 278. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Art. 284. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166/2010. Dispõe sobre o anteprojeto do novo código de processo civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 de março de 2014. Texto original.

<sup>67</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166/2010. Dispõe sobre o anteprojeto do novo código de processo civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 de março de 2014. Texto original.

Outra questão de enorme relevo se refere à extinção de grande parte das medidas cautelares nominadas. A adoção dessa medida é vista como uma forma de simplificar o processo, retirar uma enorme quantidade de normas para disciplinar procedimentos específicos quando, em verdade, as providências mais adequadas para salvaguardar bens jurídicos poderão, em caráter de urgência, ser concedidas pelo juiz<sup>69</sup>.

Luiz Fux, quanto a este ponto, ressalta que “a tutela cautelar reclama certa fungibilidade para que o juiz possa conferir à situação fenomênica retratada uma solução sob medida, nada justificando a existência de figuras abundantes de medidas cautelares, verias com o mesmo pressuposto e objetivo, ostentando, apenas, *nomen iuris* diferentes.”.<sup>70</sup>

Assim, denota-se que a eliminação de grande parte das medidas cautelares nominadas é mais uma tentativa para simplificar o processo, tornando-o mais célere e garantindo a efetividade jurisdicional.

Impende sobrelevar, no mais, que algumas cautelares nominadas permanecerão disciplinadas na nova codificação, mas em lugares distintos. A produção antecipada de provas, a exibição de documentos e a justificação serão deslocadas para o Livro I no Capítulo intitulado “Da Prova”, ao passo que a homologação de penhor legal, os protestos e a posse em nome de nascituro comporão o rol dos “Processos não Contenciosos”.<sup>71</sup>

Diante deste cenário, há de se convir que os limites ao “poder geral de urgência” são bem mais reduzidos que os impostos ao “poder geral de cautela”, o

---

<sup>68</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166/2010. Dispõe sobre o anteprojeto do novo código de processo civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 de março de 2014. Texto original.

<sup>69</sup> “Essa (eliminação das cautelares nominadas) é mais uma mostra da linha de simplificação que é anunciada na exposição de motivos do projeto. Cuida-se de postura coerente com a sistemática do projeto, especialmente diante da amplitude que se desenhou para o “poder geral de urgência” do magistrado.” VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Op. cit., p. 130.

<sup>70</sup> FUX, Luiz. O novo processo civil brasileiro - Direito em Expectativa. Coordenação de Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 16.

<sup>71</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Op. cit., pp. 130-131.

que acarreta um alargamento no campo de atuação do magistrado, ampliando, por consequência, a possibilidade de exercício daquele poder.

Os limites ao poder geral de urgência, em uma visão projetada, resumir-se-ão à necessidade e à proporcionalidade.

As medidas de urgência ainda deverão ser excepcionais, devendo o magistrado as deferir apenas se constatar a previsibilidade hipotética de um bom direito da parte e o fundado risco de dano à bem jurídico.

Além disso, as providências a serem optadas deverão ser as mais adequadas à solução do caso concreto, devendo o magistrado basear sua escolha no princípio da proporcionalidade, ou seja, terá de aplicar a medida que tenha mais probabilidade de chegar ao fim colimado (efetividade jurisdicional), que seja menos gravosa à parte que a suportará e que traga mais benefícios do que malefícios à situação que se apresenta.

O novo CPC busca a simplicidade procedimental, mas sempre levando em consideração o “modelo constitucional do processo civil”, motivo pelo qual as decisões dos juízes deverão ser fundamentadas.

Quando da escolha das medidas assecuratórias a serem concedidas, deverá o magistrado demonstrar que, naquele caso, estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e que a medida por ele concedida será a mais adequada para a pronta solução do litígio.

A fundamentação acerca da escolha da medida não poderá ser genérica, devendo o julgador especificar o “porque” daquela providência ser a mais proporcional e necessária para a resolução do conflito.

A necessidade de fundamentação virá expressa na nova Lei, conforme se depreende da leitura do artigo 279, *in litteris*:

Art. 279. Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.<sup>72</sup>

No entanto, deve ser sobrelevado que a redução dos limites impostos ao “poder geral de urgência” e sua consequente ampliação, trará ainda mais poderes para o juiz, fato que pode vir a acarretar atitudes arbitrárias fundadas em critérios subjetivos e pessoais.

Face a isto, deve ser destacado que o exercício do “poder geral de urgência” não será uma faculdade, mas sim uma obrigação jurisdicional do magistrado, caracterizando-se por ser ato vinculado às finalidades determinadas pelo ordenamento jurídico pátrio, qual seja, garantir a efetividade jurisdicional.

---

<sup>72</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166/2010. Dispõe sobre o anteprojeto do novo código de processo civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 de março de 2014. Texto original.

## 7 CONCLUSÃO

A relação entre o processo e o tempo é um problema há séculos enfrentado pelos estudiosos e operadores do Direito, tendo em vista que o tempo é algo necessário e, ao mesmo tempo, prejudicial para o processo. É necessário porque o processo precisa ter certa duração para que se forme a dialeticidade que lhe é característica e para que o juiz forme seu convencimento em bases sólidas. Prejudicial na medida em que esse *iter processualis* poderá acarretar danos ao objeto demandado.

Neste cenário, surgiu a necessidade de o legislador prever institutos capazes de salvaguardar os bens jurídicos em litígio, surgindo, assim, a figura da tutela cautelar, que foi inicialmente disciplinada pelo Código de Processo Civil de 1939, com a nomenclatura de “Processo Acessório”.

Esta codificação, em seu artigo 675, estabeleceu as bases do poder geral de cautela, instituto utilizado pelos juízes para tentar resguardar os bens dos efeitos maléficos do *periculum in mora*. Ocorre que os magistrados tinham um campo muito reduzido para aplicação desse instituto.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, o processo cautelar foi aprimorado, ficando bem estabelecidas suas características, seus requisitos e sua finalidade. O legislador o previu em livro próprio, determinando toda a disciplina desse processo.

Entretanto, o legislador não teria como prever todas as situações com potencial para gerar a instauração de um processo cautelar nem as medidas assecuratórias que deveriam ser aplicadas para resguardar o objeto demandado, motivo pelo qual previu regramento ampliando o campo de exercício do poder geral de cautela.

A partir de então, os juízes poderiam conceder os provimentos que julgassem mais adequados para proteger o bem dos efeitos do *periculum in mora*, atendendo ao pedido da parte, determinando a aplicação de medida diferente da

requerida ou agindo de ofício. Tais possibilidades restaram encartadas nos artigos 797 e 798 do CPC/73.

Tal poder, no entanto, tem limitações bem definidas, pois somente deve o juiz as conceder em caráter excepcional, ou seja, quando extremamente necessária, devendo ter eficácia apenas enquanto for útil ao resultado final do processo principal, além de ter que ser proporcional, isto é, adequada, menos gravosa e trazer mais benefícios que prejuízos.

Além dos limites explicitados acima, o poder geral de cautela não pode ser utilizado quando houver previsão de uma cautelar típica ou nominada para acautelar determinada situação.

Todavia, em face das constantes mudanças na sociedade, provocadas principalmente pelo acelerado movimento de avanço tecnológico, os quais impuseram que o processo se desenvolvesse de forma mais célere, as medidas cautelares passaram a ser utilizadas com um caráter satisfativo, fato que vai de encontro com sua própria essência.

Percebendo isso, o legislador inseriu no ordenamento jurídico o instituto da tutela antecipada, a qual, também com um viés provisório, pode ser concedida pelo magistrados nos próprios autos do processo principal e a qualquer tempo.

Ocorre, porém, que a inclusão desse instituto trouxe muitas dúvidas para os que militam na seara jurisdicional, pautando-se a doutrina por dar ênfase às distinções entre a tutela cautelar e a antecipada.

Com a evolução dos estudos acerca de tais institutos, passou preponderar a linha dos que viam a tutela antecipada e a cautelar como espécies do gênero tutela de urgência.

Diante disso, o legislador incluiu na sistemática processual a figura da fungibilidade entre ambos as formas de tutela, sendo preponderante o entendimento de que tal fungibilidade é de mão dupla, ou seja, antecipada para cautelar e vice-versa.

Esse movimento já sinalizava a preocupação do legislador em buscar alternativas para garantir a efetividade jurisdicional, coadunando-se com o “modelo de processo civil” imposto a partir da Constituição Federal de 1988.

É nesse cenário que surge a possibilidade de um novo Código de Processo Civil, formalmente instituída pelo Projeto de Lei nº 166/2010, o qual tem como principal objetivo tornar o processo mais simples e célere, mas sempre observando as garantias constitucionais individuais.

Esta nova codificação trará inovações, sendo que dentre elas ganha especial relevo as pertinentes ao processo cautelar, tendo em vista que haverá a exclusão do Livro IV, deslocando-se a tutela cautelar para a parte geral do código, em que será disciplinada em conjunto com a tutela de urgência em capítulo intitulado “Tutela de Urgência e da Evidência”.

Além disso, prevê o instituto da estabilização, o qual dará um caráter satisfativo às medidas urgentes concedidas de modo antecipado e não contestadas pela parte adversa.

Tal instituto guarda certa impropriedade, tendo em vista que afasta característica intrínseca das tutelas de urgência, a provisoriedade, no entanto estabelece que a medida estabilizada não faz coisa julgada. Ora, as medidas satisfativas são conclusivas, posto que absolutas. No caso, portanto, ter-se-á uma satisfatividade relativa, que representa a provisoriedade.

Além disso, haverá uma fusão entre o poder geral de cautela e o poder geral de antecipação, formando o “poder geral de urgência”, o qual será mais amplo, possibilitando que o juiz, pela mera verificação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, concede medida urgente.

Os limites impostos a esse poder serão reduzidos, ainda mais pelo fato de que a grande maioria das cautelares nominadas irão desaparecer, devendo o magistrado determinar a aplicação das medidas que julgar adequadas.

Essa ampliação dos poderes do juiz poderá gerar certa instabilidade e insegurança jurídica, ao passo que, mesmo sendo representantes do Estado



incumbidos da função de julgar, os magistrados podem interpretar a mesma situação de forma distinta, não havendo uma uniformização nas decisões.

Mas, inobstante isso, nota-se que os juristas encarregados pela elaboração do Projeto de Lei nº. 166/2010, primando pela celeridade, buscam alternativas para simplificar o processo, tornando-o mais flexível e conferindo-lhe uma noção cada vez mais instrumental, a fim de garantir, aos que buscam o Poder Judiciário, a efetividade jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

- BAUERMANN, Desirê. **Estabilização da Tutela Antecipada**. Vol. VI. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual, 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. **Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Presidência da República. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acesso em: 3 de março de 2014.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 166/2010**. Dispõe sobre o anteprojeto do novo código de processo civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 de março de 2014. Texto original.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 34596 - SP**. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Primeira Turma. Data do Julgamento: 29 de novembro de 1993. DJe. 7 de fevereiro de 1994.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1125661 - DF**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Data do Julgamento: 27 de março de 2012. DJe. 16 de abril de 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1357824 - RJ**, Relator (a) Ministro (a) Eliana Calmon. Segunda Turma. DJe. 20 de novembro de 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 495933 - RS**, Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Data do Julgamento: 16 de março de 2004. DJe. 19 de abril de 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 777293 - RS**, Relator Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do Tribunal de Justiça da Bahia). Terceira Turma. Data do Julgamento: 09 de fevereiro de 2010. DJe. 24 de fevereiro de 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUZAID, Alfredo. **“Ação Cautelar”. Estudos e Pareceres de direito Processual Civil**. Organizado por Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002.
- CALMON, Eliana. **Tutelas de urgência**. Vol. 11. Informativo Jurídico da Biblioteca Oscar Saraiva: 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **A antecipação de tutela no novo sistema de eficácia da sentença**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ª Ed. Campinas-SP: Bookseller Editora, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas preventivas – medidas preparatórias – medidas de conservação**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958.

CUNHA, Francisco Neves. **Restrições ao controle difuso da constitucionalidade das leis e ao Poder Geral de Cautela do Judiciário no Brasil**. Universidade Católica de Brasília: Tese de dissertação, 2005.

DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001.

FABRI, José Carlos. **Tutela jurisdicional de urgência**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

FILHO, Misael Montenegro. **Projeto do Novo Código de Processo Civil – Confronto entre o CPC atual e o Projeto do Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2011.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FUX, Luiz. **O novo processo civil brasileiro - Direito em Expectativa**. Coordenação de Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o Processo Cautelar**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1991.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª Ed. Vol. I. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II, 4ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processo Civil**. 20ª Ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo**. Revista de Informação Legislativa. Vol. 48, n. 190, 2011.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Tutela de emergência. Antecipação de Tutela e medidas cautelares". O Processo Civil no Limiar do Novo Século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOPES, João Batista. **Os poderes do juiz e o aprimoramento da função jurisdicional**. Revista de Processo nº. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. IV. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O projeto de CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo Processo Civil Brasileiro**. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. **Tutela antecipatória: algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Rocha. **Fundamento constitucional da tutela de urgência**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, 2003.

RAMSCHEID, Demetrius Lopes. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência**. Rio de Janeiro: Revista SJRJ, 2011.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SANCHES, Sydney. **Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1978.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 13ª Ed. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **A Ação Cautelar inominada no Direito Brasileiro**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, Ovídio Batista da. **As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda, 1985.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 6ª Ed. Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Do Processo Cautelar**. São Paulo: Dialética, 2014.

ZAVASCKY, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.