

MEDIDAS CAUTELARES SOB A ÓTICA DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Davyson Trofino da Silva¹
Rafael Baggio Berbicz²

RESUMO: O estudo do Processo Civil é muito importante, ainda mais quando se trata de uma área onde serve de base para outros ramos do direito. O Código de Processo Civil está passando por modificações motivadas pela busca de maior celeridade processual e melhor adequação dos procedimentos para melhor atender o jurisdicionado. Dentre essas modificações, está o Livro III, que trata das tutelas cautelares, que também irá sofrer consideráveis alterações se aprovado o Novo Código de Processo Civil, da forma como está. Além das modificações relativas às tutelas cautelares, o novo diploma processual irá trazer uma inovação; trata-se da tutela da evidência, cujo objetivo é a concessão do pedido à parte que demonstrar ser, seu pedido, incontroverso. Na nova sistemática processual, o juiz se convencerá dos fatos alegados pelas partes com base nos princípios da fungibilidade e da adaptabilidade, concedendo a medida que melhor atenda à parte no caso concreto flexibilizando a norma para melhor aplicá-la.

ABSTRACT: The study of the Civil Procedural is very important, especially when it comes to an area where the basis for other legal branches. The Civil Procedural Code is undergoing modifications motivated by the search for greater procedural celerity and better adequacy of the procedures to better serve the claimants. Among these modifications, it shows great importance to institute precautionary approach to guardianship, which will also undergo considerable changes if approved the new Civil Procedural Code. In addition to the modifications relating to preservation guardianships, the new procedural legislation will bring an innovation; it is the protection of evidence, aimed at granting the request the party which proves to be, on request, incontrovertible. In the new procedural systematic, the judge may make use of the principles of fungibility, granting the measure that best meets aside in this case, and adaptability, which is a more flexible standard for best apply it.

Palavras-chave: Tutela Cautelar. Tutela da Evidência. Princípio da Fungibilidade. Princípio da Adaptabilidade.

Keywords: Injunctive Tutelage . Evidence Tutelage . fungibility Principle. Adaptability Principle.

¹Advogado, acadêmica do 10º Período do Curso de Direito do Centro Universitário Campos de Andrade, Trabalho de Conclusão de Curso apresentando em banca pública no mês de agosto de 2014.

²Advogado, orientador do acadêmico, mestre em direito e professor do Curso de Direito do Centro Universitário Campos de Andrade.

1 INTRODUÇÃO

O instituto das medidas cautelares é mais um dos instrumentos à disposição da sociedade para que, aquele que se encontrar em uma situação de risco, possa pleitear a tutela jurisdicional do Estado, de acordo com cada caso. O estudo das medidas cautelares se revela importante porque se trata de uma das espécies de tutela de urgência capazes de afastar o risco da demora do processo principal, assegurando um direito ou servindo de tutela ao processo principal.

Com sua origem no Estado liberal clássico, as cautelares surgiram em razão da necessidade da criação de um instrumento que fosse capaz de afastar uma situação de risco ou a ocorrência de um dano. O intuito da tutela cautelar era dar efetividade à tutela inibitória, para evitar a efetivação do dano, e à tutela de remoção do ilícito, para ressarcir a vítima do dano, após a sua produção.

Em razão de a tutela cautelar dar efetividade à tutela inibitória, que se entendia que a cautelar era satisfativa. Essa ideia de ser satisfativo o efeito da tutela cautelar foi afastada quando se conseguiu colocar o processo cautelar como instrumento autônomo capaz de garantir a tutela jurisdicional.

A promulgação da Lei nº 5.869/1973 de 11 de janeiro de 1973³ deu origem ao Código de Processo Civil que dispõe de um Livro próprio para tratar das medidas cautelares, dada a importância do instituto para o direito.

Como a sociedade é dinâmica e evolui constantemente, com o direito não é diferente e a cada dia que passa as leis também necessitam acompanhar essa evolução. Na busca por maior celeridade processual, o Senado Federal elaborou o Projeto de Lei nº 166/2010 de relatoria do Senador Valter Pereira⁴ e, posteriormente, foi encaminhado à Câmara dos Deputados. Do Projeto de Lei nº 166/2010 do Senado Federal se originou o Projeto de Lei nº 8.046/2010 da Câmara dos Deputados, de relatoria do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro⁵.

³ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acessado em: 23/07/2014.

⁴ Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>> Acessado em: 23/07/2014.

⁵ JUNIOR, Fredie Didier; FUX, Luiz; MEDINA, José Miguel Garcia, et all. **Novas Tendências do Processo Civil, Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**, Baseado no relatório apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012. Bahia: Editora JusPodivm, 2013, p. 15.

Ambos os projetos visam alterar o Código de Processo Civil atual e, dentre essas alterações, está também, o instituto das medidas cautelares. A primeira modificação é com relação à ausência das cautelares nominadas, como existe no atual Código de Processo Civil. A segunda alteração se refere à promessa de maior celeridade na prestação jurisdicional. Vale frisar que essa é a maior justificativa para a alteração do diploma processual civil. A terceira alteração é quanto ao poder geral de cautela do magistrado, que não ficará limitado apenas às regras expressas no diploma processual para o deferimento ou indeferimento da medida.

Além das alterações do processo cautelar, o Projeto do Novo Código de Processo Civil elenca mais uma tutela, a tutela da evidência, fundamentada na demonstração de um direito certo, que é possível o seu reconhecimento de plano, que seja incontroverso.

Essas alterações substanciais fizeram com que o estudo do instituto das cautelares se tornasse de grande relevância, visto que as referidas alterações influenciam na dinâmica processual que hoje conhecemos. O projeto do Novo Código de Processo Civil foi elaborado visando a celeridade processual. Celeridade essa que só poderá ser conferida quando da aplicação prática do processo, perfazendo a subsunção dos fatos à norma.

Para o alcance do resultado prático proporcionado pela alteração do instituto das cautelares, o magistrado se valerá do princípio da fungibilidade possibilitando ao juiz a concessão da medida que melhor se encaixe ao caso concreto e, com base, também, no que a doutrina denomina de adaptabilidade, que é justamente a flexibilização da norma para atender, de forma prática, o jurisdicionado.

2 DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA

As medidas capazes de afastar o perigo de dano são consideradas pelo ordenamento jurídico pátrio como medidas de urgência. São elas as tutelas cautelar e antecipada, que visam assegurar o processo principal para que a prestação jurisdicional possa ser efetivada, ou antecipar os efeitos da decisão final de mérito, para que não haja o perecimento do direito pleiteado antes da prolação da decisão final.

2.1 Conceito de Medida de Urgência

Medida de urgência é aquela tomada de forma rápida, célere. Para que se possa alcançar a proteção do direito de maneira menos demorada, sob pena de o objeto bem da vida perecer, são necessários instrumentos para isso. Esses instrumentos devem possuir o condão de afastar a ameaça de lesão a direito.

O ordenamento jurídico pátrio denomina as medidas que têm a finalidade de afastar o risco de lesão a direito, de tutelas de urgência.

As tutelas de urgência se subdividem em tutela antecipada e tutela cautelar. O gênero é a tutela de urgência, cuja espécies são a tutela cautelar e a tutela antecipada. A tutela antecipada visa antecipar os efeitos da decisão de mérito tendo, no entanto, a tutela cautelar, o condão de assegurar, de resguardar o bem até que se discuta o direito.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves diz que “A antecipação da tutela consiste na possibilidade de o juiz antecipar os efeitos da sentença, para uma fase do processo anterior àquela em que normalmente tais efeitos seriam produzidos⁶”, ou seja, a regra é que o provimento ou não da decisão final seja determinado apenas na sentença que julga o pleito.

Com a antecipação de tutela ocorre a antecipação dos efeitos da decisão final de mérito, dando ao autor o objeto pretendido, de forma antecipada, como ocorre nos casos de um procedimento médico de urgência, por exemplo.

⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Direito Processual Civil Esquematizado**, São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 671.

Já a tutela cautelar é aquela concebida com a finalidade de afastar uma situação de ameaça ao resultado de um processo de conhecimento ou de execução, bem como para afastar ou minorar os riscos decorrentes da demora no processo⁷, como, por exemplo, ocorre no sequestro de bens para que o devedor não o dilapide antes de pagar o que deve.

Nesse contexto, tem-se que a tutela antecipada objetiva antecipar os efeitos da decisão final de mérito, enquanto a tutela cautelar visa resguardar o objeto de uma futura discussão. Mais detalhes das tutelas de urgência serão analisados nos tópicos a seguir.

2.2 Evolução Histórica

O processo civil foi elaborado para proteger os interesses da burguesia frente à discricionariedade do Estado. Essa noção de processo civil advém do Estado liberal clássico, época em que surgiram as liberdades individuais, não podendo o Estado criar um sistema que privilegiasse determinada classe de indivíduos em detrimento de outra.

O processo civil tratava os direitos como coisas passíveis de troca no caso de ilícito praticado, sendo suficiente a tutela ressarcitória pelo equivalente ao valor do dano ou da prestação inadimplida⁸.

Nessa época, o Estado não contava com fundamentos bastantes para obrigar o inadimplente a cumprir a obrigação, nem era admitida a criação de mecanismo que visasse impedir a ocorrência do ilícito (prevenção), por se tratar de interferência do Estado na liberdade individual, uma vez que o impedimento precedia a conduta do indivíduo.

O que havia para a prevenção do ilícito era a sentença declaratória que tinha força apenas para fazer coisa julgada material, impossibilitando nova discussão acerca da matéria controvertida, mas não força o bastante para obrigar alguém a cumprir ou deixar de cumprir alguma obrigação.

⁷ Ibidem, p. 699.

⁸ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, **Processo Cautelar**, 5. ed., edição revista e atualizada, vol. 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

Como não existia uma medida que pudesse imprimir caráter de resguardo como ocorre com a tutela cautelar, se confundia tutela declaratória e tutela preventiva objetivando afastar o ilícito antes mesmo dele ocorrer. Isso porque a sentença que era anterior à violação do direito era tratada como declaratória, ou seja, preventiva.

A razão de não existir tal medida preventiva se fundamenta na impossibilidade de o Estado atuar para prevenir o ilícito, constranger a vontade do indivíduo para alcançar um não fazer⁹.

A tutela cautelar foi criada para “assegurar a utilidade da tutela jurisdicional final.” A questão é que o processo de conhecimento clássico não foi criado para “evitar a violação do direito”, razão pela qual nem a tutela cautelar, que tinha o objetivo de servir o processo de conhecimento, poderia prevenir a prática do ilícito.

Desta feita, tem-se que a tutela cautelar se prestava para resguardar a tutela pleiteada no processo de conhecimento após a violação do direito. a tutela era incapaz de prevenir a ocorrência do ato ilícito bem como de reparar os danos causados pelo ilícito praticado. A reparação do dano ocorria após ser efetivado pelo agente, impossibilitando o Estado de impedir previamente o seu cometimento, deixando paa a jurisdição o dever de prestar uma tutela ressarcitória e não de prevenção.

MARINONI e ARENHART ressaltam a importância atinente ao conceito de ilícito civil¹⁰, visto que o direito era tratado como coisa passível de substituição no caso de violação, não interessando, ao processo civil, o ilícito que não causasse dano.

A unificação da categoria da ilicitude com a da responsabilidade civil, com fundamento na ideia de que só haveria reparação caso o ilícito causasse o dano, impediu a formulação de uma tutela contra um ilícito que não ensejava dano. Isso significa que o processo civil teria de aguardar a produção do dano para atuar e, assim, buscar a reparação.

Essa visão faz parte do Estado liberal clássico, que não se coaduna com a realidade dos tempos atuais, onde o Estado, a exemplo de um direito fundamental como o do consumidor, proporciona ao consumidor garantias para evitar a produção do dano.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 47 e 48.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 48.

Outra questão relevante ao processo liberal é a impossibilidade de aceitação dos juízos de verossimilhança, ou seja, proibição de antecipação da tutela no procedimento ordinário clássico¹¹.

Isso ocorria porque se acreditava que o processo só geraria segurança se houvesse apenas um julgamento pelo qual era possível o alcance da vontade da lei. Montesquieu, citado por MARINONI e WAMBIER, dizia que “O juiz tinha que ser mantido preso à lei em nome da aplicação da lei¹²” (...), ou seja, para se atingir a certeza do direito o magistrado deveria seguir exatamente o que estava expresso na lei.

Em verdade, havia no processo liberal clássico uma desconfiança do juiz, razão pela qual não poderia haver a prestação jurisdicional pautada na verossimilhança, uma vez que a segurança jurídica só era obtida com o término da cognição.

Uma das características da antecipação da tutela é justamente a antecipação dos efeitos que a parte só obteria com a decisão final de mérito. Desta feita, o processo liberal clássico não permitia tal antecipação, visto ser inadmissível executar uma pretensão antes do exercício do contraditório e da ampla defesa.

A doutrina da época estabeleceu que a cognição devesse vir antes da execução, desencadeando, como hoje conhecemos, o princípio de que se não há título, não há pena, mas o problema era quando da sentença houvesse recurso, pois o mesmo não possuía efeito suspensivo podendo a sentença ser executada na pendência de recurso.

Foi nessa fase processual que Chiovenda reconheceu a possibilidade de haver uma execução provisória sem que fosse necessário o alcance da verdade no processo de conhecimento que, no caso pode ocorrer a figura de uma sentença não definitiva, mas executória, e, pois, a separação entre a definitividade da cognição e a executoriedade¹³.

A concretização da tutela antecipada encontrava obste no entendimento de que a liberdade só seria exercida se houvesse um julgamento com base na certeza

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 49 e 50.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 50.

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe, *apud*, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, p. 52.

do direito, razão pela qual não poderia haver execução sem um título executivo que, no caso, era a sentença.

Mas a sociedade é dinâmica e evolui de acordo com as novas situações que surgem e que precisam de amparo legal. Em razão dessa evolução, o direito passou a se preocupar com novos meios para inibir o ilícito e a demora do procedimento comum de conhecimento.

A busca pela celeridade e meios processuais mais concretos deixaram de lado o processo civil clássico¹⁴, que não admite a tutela antecipada e diferentes tipos de sentença além das constitutivas, declaratórias e condenatórias. Em razão da ausência de idoneidade do processo civil clássico, a doutrina passou a utilizar a ação cautelar inominada para inibir e remover o ilícito.

De acordo com a necessidade de utilização das cautelares como meio de tutelar as novas situações surgidas com a evolução da sociedade, foi necessário se pensar em um procedimento cautelar para tutelar essas novas situações. Isso ocorreu em outros países, como a Itália.

A tutela cautelar era utilizada para tentar impedir a ocorrência do ilícito, visto que o processo civil clássico só admitia a sentença declaratória como único meio de tentar impedir a violação de um direito. Assim, a utilização da tutela cautelar para obter os efeitos da tutela inibitória fez com que a tutela cautelar perdesse seu caráter de instrumentalidade¹⁵, adquirindo caráter de ação autônoma.

Tem-se, portanto, a utilização da tutela cautelar para dar efetividade e executividade à tutela inibitória satisfazendo a busca pelo direito, surgindo, por conta disso, a ideia de cautelar satisfativa.

Como antes só era admitida sentença declaratória para tentar afastar o ilícito, foi necessária a criação de uma tutela capaz de atender aos anseios da sociedade, que a cada dia evoluía e, também, porque a sentença declaratória não tinha capacidade de inibir o ilícito nem ressarcir o dano causado. Foi então que se admitiu a tutela cautelar inominada que dava efetividade e executividade à tutela inibitória, afastando, por conseguinte, o ilícito antes mesmo de ser causado. Esse foi o motivo de hoje se ter a ideia de que a tutela cautelar pode ser satisfativa.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 53.

¹⁵ Ibidem, p. 54.

Por outro lado, não se pode ignorar a função da tutela cautelar pelo simples fato de que esta era utilizada como tutela inibitória. A tutela cautelar tem natureza assecuratória, de resguardo, com a finalidade de assegurar a tutela final do direito.

Como a doutrina não se importou em diferenciar aquilo que era contrário ao direito e o dano, ocorreu a distorção do uso da técnica cautelar para permitir o alcance da tutela de remoção do ilícito¹⁶. O objetivo da tutela de remoção é remover um ilícito já praticado e não o contrário.

A distorção está nesse ponto. A tutela de remoção do ilícito foi criada para evitar a prática do dano, não para remover o ilícito já praticado, sendo essa a brecha para a admissão da tutela cautelar, deixando de lado o procedimento de conhecimento em razão dessa se constituir meio idôneo, autônomo e mais célere, levando à sumarização do processo de conhecimento¹⁷.

A necessidade de atender ao direito material fez com que a técnica utilizada para a tutela cautelar fosse usada para a tutela antecipada, o que não é incorreto, pois a referida técnica foi de importância capital para a proteção do direito fundamental de ação¹⁸ e, mesmo sendo indispensável o uso da técnica da cautelar para o amparo ao direito material, os tribunais resistiam em aceitar tal condição.

Portanto, foi em razão da necessidade de prestação da tutela jurisdicional¹⁹ que a cautelar inominada passou a ser utilizada de forma autônoma, dando ensejo às tutelas inibitórias e de remoção do ilícito, bem como a antecipação de tutela.

Humberto Theodoro Júnior considera a doutrina alemã como a primeira a sistematizar e tentar elaborar um conceito de medida cautelar²⁰, porém, foram os italianos do século XXI que elaboraram pesquisas mais científicas dizendo respeito à autonomia do processo cautelar e propondo uma terceira concepção ao lado do processo de cognição e execução.

Na concepção do referido doutrinador, foram três os principais teóricos que desenvolveram o tema: Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti.

¹⁶ Ibidem, p. 56.

¹⁷ Ibidem, p. 57.

¹⁸ Ibidem, p. 58.

¹⁹ Ibidem, p. 60.

²⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro, **Processo Cautelar**, 24. ed., Revista e Atualizada, Com análise das Reformas do CPC, até a Lei nº 11.441, de 04-01-2007, São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2008, p. 34.

A teoria de Chiovenda é aquela que corresponde à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico, ou seja, a medida cautelar consiste no receio de um dano que possivelmente poderá ocorrer se nenhuma providência for tomada.

Para Calamandrei, o processo cautelar nasce para servir uma providência definitiva, querendo dizer com isso que o processo cautelar é um instrumento do próprio processo principal que assegura de forma preventiva sua efetividade, motivo pelo qual a medida cautelar é tratada como “instrumento do instrumento”, diferindo do processo de cognição e de execução no tocante à finalidade²¹.

A teoria de Carnelutti é considerada por Humberto Theodoro Júnior como a mais avançada sobre o tema de tutela cautelar²², cujo entendimento precípua foi o de que a cautelar se caracterizava por ser uma composição provisória da lide. Momento mais tarde entendeu que o processo cautelar serviria à tutela do processo para garantir os meios do processo definitivo, bem como a utilidade prática do processo definitivo.

Entende que o processo cautelar ocupa posição de terceiro tipo de processo juntamente com o processo de cognição e do processo de execução.

Sua concepção final acerca da utilidade da tutela cautelar foi que esta serve para evitar, no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes que possa derivar da duração do processo²³.

Foi Carnelutti quem conseguiu afastar a ideia de que a cautelar tinha por escopo antecipar provisoriamente a decisão definitiva, colocando o processo cautelar como instrumento de realização da tutela jurisdicional, com vistas à sua garantia.

O conceito de tutela cautelar está atrelado à sua própria finalidade, que é assegurar a tutela do direito evitando o perecimento do objeto até que venha o processo principal para sanar a dúvida de certeza quanto à situação de fato.

2.3 Tutela Cautelar e Tutela Antecipada – conceito e diferenças

A tutela cautelar tem caráter assecuratório e visa assegurar tanto um direito quanto a efetividade do processo principal. O fato de a tutela cautelar dar efetividade

²¹ CALAMANDREI, Piero, *apud*, JÚNIOR, Humberto Theodoro, p. 37.

²² CARNELUTTI, Francesco, *apud*, JÚNIOR, Humberto Theodoro, p. 38.

²³ *Ibidem*, p. 38 e 39.

ao processo principal faz com que a referida tutela seja considerada um instrumento do instrumento.

WAMBIER e TALAMINI dizem que isso ocorre

(...)

Porque, se de um lado, se pode afirmar que todo processo tem caráter instrumental com relação ao direito material (por exemplo as normas de direito civil), porque existe para fazer com que sejam efetivamente cumpridas estas normas, de outro lado, o processo cautelar existe para garantir a eficácia do processo de conhecimento ou da execução, sendo, logo, nesse sentido e nessa medida, instrumento do instrumento²⁴.

A tutela cautelar portanto, é instrumento enquanto tutela do direito material e também para assegurar a efetividade do processo de conhecimento.

Na concepção de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, tutela antecipada “É aquela que antecipa os efeitos da tutela definitiva, isto é, a satisfação ou a cautela do direito afirmado²⁵” (...); já a tutela cautelar tem a finalidade assecuratória sendo, segundo GONÇALVES, aquela que protege, preserva o direito, sem antecipar os efeitos da futura sentença²⁶ (...).

Assim, a tutela cautelar é aquela que assegura o direito material ou os efeitos do processo principal, ao passo que a tutela antecipada adianta os efeitos da sentença, diferenciando-se uma da outra no ponto em que a primeira assegura e, a segunda, antecipa.

3 DO PROCESSO CAUTELAR

As tutelas cautelares possuem requisitos e características próprios, além do que, as tutelas cautelares também possuem processamento diferenciado de outros institutos constantes do processo civil.

²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, **Curso Avançado de Processo Civil, Processo cautelar e Procedimentos especiais**, 10. ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 42.

²⁵ JR. Fredie Didier; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafaela, **Curso de Direito Processual Civil, Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**, 4. ed., Revista, ampliada e atualizada de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF e STJ, as Leis Federais n. 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.340/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/06, 11.419/06, 11.441/07, 11.636/07, 11.636/07, 11.689/08, 11.690/08 e as Resoluções do STF n. 381 e 388 de 2008 (súmula vinculante)., Bahia: Editora Podivm: 2009, p. 456.

²⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Op. cit., p. 690.

São as características e requisitos que diferencia as tutelas cautelares de outros instrumentos criados para tutelar os direitos das partes, que litigam em busca de uma solução para o conflito, mediante a tutela jurisdicional do Estado.

3.1 Natureza Jurídica

A natureza jurídica de determinado instituto está relacionada ao significado que esse tem para o direito. No caso, a tutela cautelar tem natureza jurídica preventiva, ou seja, tem a função de assegurar tanto um direito material quanto a efetividade do processo principal.

Diante disso, a tutela cautelar deve ser encarada como aquela que visa resguardar um direito ou um processo, separadamente da ideia de antecipação, uma vez que esta é a característica da tutela antecipada, que tem por finalidade precípua a antecipação dos efeitos da decisão final de mérito.

A tutela cautelar integra o poder do Estado de julgar servindo não apenas para garantir a execução forçada, como entendia a doutrina alemã, mas, também, de instrumento do processo de conhecimento. A tutela cautelar goza de autonomia, pois não há a necessidade de existir um processo de conhecimento ou execução em andamento para que se possa fazer uso da referida medida, o que significa dizer que a tutela cautelar é mais um instrumento à disposição das partes para garantir a efetividade do direito.

3.2 Requisitos de Admissibilidade da Tutela Cautelar

O legislador condicionou à admissibilidade das tutelas cautelares à comprovação de determinados requisitos ensejadores de sua apreciação sendo, um deles, o *fumus boni iuris* ou fumaça do bom direito, levando em conta que o processo cautelar é decidido sobre um juízo de probabilidade e não de certeza, necessitando que a parte requerente demonstre a efetiva ameaça ao direito pleiteado e que sua alegação seja aparentemente verdadeira.

É necessário que o requerente demonstre ser o titular do direito que está sob ameaça, e que esse direito merece proteção²⁷, cuja apreciação se dará de forma sumária, mais célere, ficando para o processo principal a apreciação da crise de certeza.

Para Enrico Tullio Liebman, é necessária a provável existência de um direito a ser tutelado no processo principal²⁸, configurando a fumaça do bom direito em um juízo de probabilidade e verossimilhança do direito cautelar a ser acertado e no provável perigo em face do dano ao possível direito pedido no processo principal²⁹.

Nas palavras de MARINONI e ARENHART, “Para obter a tutela, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida³⁰”.

O deferimento da tutela cautelar está condicionado à demonstração da probabilidade de um direito - *fumus boni iuris* - fazendo com que o magistrado se convença da verossimilhança das alegações.

Ao lado do *fumus boni iuris* está o *periculum in mora*, ou o perigo da demora do provimento final, sendo importante que o requerente demonstre ao magistrado que a sua demora poderá causar dano irreparável ou de difícil reparação. Nesse passo, em razão da demora da decisão de mérito, o objeto do processo principal poderá perecer, resultando na sua perda.

A tutela cautelar “Só poderá ser deferida se houver risco de dano irreparável ou de difícil reparação³¹”, ou seja, para a propositura da tutela cautelar deverá o requerente demonstrar que o indeferimento da medida lhe causará dano que não poderá ser revertido ou ficará difícil sua reparação.

Nesse contexto, a 2ª turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, entende o seguinte:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO RESCISÓRIA. TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA NA ORIGEM. REQUISITOS. SÚMULA 7/STJ.

1. A concessão da medida cautelar demanda essencialmente o preenchimento de dois requisitos: o fumus boni iuris e o periculum in mora. Além disso, a probabilidade de êxito do recurso especial deve ser verificada na medida cautelar, ainda que de modo superficial.

²⁷ Ibidem, p. 704.

²⁸ LIEBMAN, Henrico Tullio, *apud*, JÚNIOR, Humberto Theodoro, p. 61.

²⁹ VILLARD, Willard de Castro, *apud*, JÚNIOR, Humberto Theodoro, p. 61.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 29.

³¹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Op. cit., p. 705.

2. No caso dos autos, cuida-se de ação de rescisória ajuizada contra o *Parquet* Estadual, Liga Itaquiense de Futebol, Sociedade Esportiva e Recreativa Itaqui - Município de Itaqui/RS -, cujo pedido de antecipação de tutela fora negado pelo TJ/RS.

3. É iterativa a jurisprudência desta Corte no sentido de que, para avaliar os critérios adotados pela instância ordinária que ensejaram a concessão ou não da antecipação dos efeitos da tutela, é necessário o reexame dos elementos probatórios a fim de aferir a “*prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação*”, nos termos do art. 273 do CPC, o que não é possível em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgRg no Ag 1.399.175/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma julgado em 16.6.2011, DJe 24.6.2011; EDcl no REsp 786.188/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 4.12.2008, DJe 19.12.2008.

4. Demais disso, o recorrente, por ocasião do ajuizamento da cautelar no Superior Tribunal de Justiça, teria como dirigir-se ao tribunal originário competente para a apreciação de pedido de efeito suspensivo a recurso especial pendente de admissibilidade nos termos das Súmulas 634 e 635/STF³².

Assim, para o deferimento da tutela cautelar deverá o requerente demonstrar a aparência de seu direito - *fumus boni iuris* - onde o magistrado apreciará o pedido com base em um juízo de probabilidade, fazendo com que se convença da verossimilhança das alegações e, o perigo da demora - *periculum in mora* -, que é a demonstração de que a demora na concessão da medida causará ao requerente lesão grave ou de difícil reparação.

3.3 Das Características da Tutela Cautelar

A tutela cautelar possui características capazes de distingui-las de outros procedimentos processuais; características essas que fazem da tutela cautelar um procedimento não só autônomo, mas capaz de atender aos anseios da sociedade na busca pelos seus direitos.

Em momento algum a medida cautelar se reveste de processo principal, mesmo quando proposta autonomamente, caso em que a parte terá um prazo de trinta dias, conforme disposição expressa no artigo 806 do Código de Processo Civil³³, para propor a ação principal o que, evidentemente, comprova sua característica de acessoriedade em relação ao processo principal.

³² BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Medida Cautelar n.º 2031, da 2ª Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 01/03/2013.

³³ Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

Por esta razão a tutela cautelar é considerada instrumento do instrumento³⁴, servindo à tutela do direito material e do processo principal.

Outra característica importante é a autonomia da tutela cautelar, que pode ser proposta tanto no bojo do processo já existente, de forma incidental, quanto de forma autônoma. Mas essa autonomia não é absoluta, uma vez que guarda referibilidade ao processo principal.

Autônoma porque há a citação da outra parte e uma sentença, mas distinta do processo principal. A sentença no processo cautelar não decide o mérito da questão, apenas assegura o direito material ou a efetividade do processo principal fazendo, portanto, coisa julgada formal. É autônomo porque a função jurisdicional atua plenamente, sem subordinação à maior ou menor procedências das razões arguidas pela parte³⁵.

A concessão da tutela cautelar tem o caráter de urgência pelo fato de sua propositura sempre estar fundamentada no *periculum in mora*. Três situações podem ocorrer para dar ensejo à sua concessão, sendo elas o abuso de direito, o manifesto intuito protelatório e a incontrovérsia.

De outra parte, com o *periculum in mora*, a urgência da cautelar terá de ser analisada juntamente com *fumus boni iuris*, sendo deferida em cognição sumária em razão da urgência.

A cognição sumária, também característica da tutela cautelar, consiste na concessão mediante um juízo de “probabilidade de o direito material existir³⁶. Kazuo Watanabe afirma que a cognição da tutela cautelar pode ser examinada em dois aspectos: extensão e profundidade³⁷.

A extensão diz respeito aos limites das questões que podem ser apreciadas, não havendo limite quanto à matéria levantada. No tocante à profundidade, esta se refere ao grau de certeza em que o magistrado profere a decisão, porém, a análise é feita de forma superficial não havendo certeza da existência do direito, pois com base na plausibilidade do direito é que o juiz se convence da verossimilhança das alegações.

³⁴ CALAMANDREI, Piero, apud, GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, p. 695.

³⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 9.

³⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**, volume único, 3. ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Método, 2011, p. 1.196.

³⁷ WATANABE, Kazuo, apud, GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, p. 695.

Nas palavras de WAMBIER e TALAMINI “No que tange ao seu procedimento, o processo cautelar é sumário (simplificado e breve) e capaz de produzir, se preenchidos os pressupostos, efeitos imediatos³⁸”. Em outras palavras, a tutela cautelar tem a cognição sumária por se tratar de medida concedida com base na plausibilidade do direito, fazendo o magistrado uma análise superficial do caso, o que justifica sua cognição sumária em razão de sua brevidade.

Além disso, a tutela cautelar é marcada por sua provisoriedade, ou seja, por ser passível de modificação, alteração ou ser reexaminada caso haja alteração nos fatos que motivaram a sua concessão.

A tutela cautelar poderá ser proposta de forma incidental ou autônoma e perder sua eficácia ou ser revogada. Diante disso, no caso de tutela cautelar preparatória, o autor deverá propor a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de ser revogada. Cessará a eficácia da tutela cautelar se a parte não propor a ação no prazo estabelecido no artigo 806 do diploma processual civil, não executar a tutela cautelar no prazo de 30 (trinta) dias, ou se o magistrado extinguir o processo principal, de acordo com o artigo 808 do Código de Processo Civil³⁹.

No caso de procedência do processo principal, os efeitos da tutela cautelar perduram mesmo se houver recurso contra a decisão que decidiu o mérito do pedido principal, caso contrário, se houver a improcedência do pedido principal ocorrerá, automaticamente, a revogação da tutela cautelar, mesmo que tal revogação não seja mencionada pelo juiz na sentença.

Importante observar que a tutela cautelar não faz coisa julgada material, pois não se trata de cognição exauriente, não há o que se possa tornar imutável e indiscutível. Só se produz a coisa julgada formal⁴⁰. A única exceção é com relação à prescrição e decadência, caso em que se fará coisa julgada material.

Às tutelas cautelares é aplicado o princípio da fungibilidade que possibilita o magistrado adequar o caso concreto na modalidade de tutela correta. Isso ocorre quando o autor propõe medida diversa da que deveria propor. Como a tutela cautelar

³⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 45.

³⁹ Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

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

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

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

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

⁴⁰ Ibidem, p. 46.

é uma das modalidades de tutela de urgência, o juiz não poderá pedir para que o autor emende a inicial em razão da propositura errônea da medida, sob pena de perecer o direito da parte.

Assim sendo, “As medidas cautelares são fungíveis entre si: o juiz pode conceder uma tutela cautelar diferente da postulada, sem que a decisão seja *extra petita*⁴¹”. O princípio da fungibilidade possibilita readequar o pedido do autor à medida correta sem haver a necessidade de propor nova demanda só pelo simples fato de o autor ter proposto medida diversa não sendo, a decisão do juiz, considerada como *extra petita*.

3.3.1 Poder Geral de Cautela

O poder geral de cautela é o poder do magistrado em conceder a tutela cautelar que melhor se enquadra ao caso concreto fora daquelas expressas no Código de Processo Civil, ante a urgência da situação fática a ele apresentada. O artigo 798 do Código de Processo Civil dispõe acerca dessa possibilidade, mesmo que a cautelar concedida não esteja expressamente prevista em lei.

Num primeiro momento, pode parecer que o juiz atua com discricionariedade, o que não é verdade. O que ocorre é uma subjetividade na avaliação de qual a medida mais adequada para o caso concreto⁴².

Sendo assim, é possível notar que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de tutelas cautelares nominadas e inominadas. As primeiras são aquelas expressamente previstas nos artigos 813 e seguintes do Código de Processo Civil; já as cautelares inominadas são aquelas não especificadas no código podendo, o juiz, concedê-las quando for verificado o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação⁴³.

Para que haja melhor estudo da ação cautelar inominada, é necessário cotejar os artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil. Da análise do artigo 798, tem-se que o magistrado poderá conceder a medida que entender ser adequada ao caso

⁴¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit., p. 698.

⁴² Ibidem, p. 702.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 98.

concreto, desde que comprovado o fundado receio de que o dano se produza, e a difícil reparação se o mesmo ocorrer.

O artigo 799 faz referência ao artigo 798, estabelecendo que o magistrado poderá conceder a melhor medida para que o dano não se produza, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e a impor prestação de caução⁴⁴.

Como visto, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe não apenas de tutelas cautelares nominadas, ou seja, expressas em texto de lei, mas também daquelas que poderão ser concedidas caso comprovado o fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação.

3.4 Procedimento das Cautelares

O Código de Processo Civil estabelece um procedimento próprio para a tutela cautelar no seu Livro III, porém, no caso de omissão, serão utilizadas de forma subsidiária as disposições contidas no processo de conhecimento.

De acordo com o artigo 796 do Código de Processo Civil, a tutela cautelar pode ser tanto autônoma quanto incidental. A autonomia da tutela consiste na sua propositura antes do ajuizamento do pedido principal, ao contrário da tutela cautelar incidental, que será proposta quando o processo principal estiver em andamento.

A competência para julgar a tutela cautelar será do juízo competente para julgar o processo principal. Proposta a tutela cautelar em juízo incompetente, deverá ser verificado se a incompetência é absoluta ou relativa, pois, no caso de incompetência absoluta, os autos serão remetidos de ofício para o juízo competente, ao passo que se a incompetência for relativa, deverá o réu argui-la por exceção de incompetência,⁴⁵ sob pena de o juízo incompetente se tornar competente.

A petição inicial deverá conter os requisitos elencados no artigo 801 do Código de Processo Civil, não olvidando o que dispõe o artigo 282 do referido código, que atende, subsidiariamente, o processo cautelar no tocante aos requisitos da petição inicial e demais situações em que o mesmo for omissivo. A diferença é que no processo cautelar é necessária a demonstração da “(lide e seus fundamentos)” e a “(exposição

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius. Op. cit., p. 708.

sumária do direito ameaçado e o receio de lesão)”. A lide e seus fundamentos é a indicação do objeto do processo principal e, a exposição sumária do direito ameaçado é o mesmo que o *fumus boni iuris* e o receio de lesão é o *periculum in mora*⁴⁶.

Quanto ao valor da causa no processo cautelar, entende a primeira turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça que não é o mesmo atribuído à petição inicial do processo principal⁴⁷. De acordo com a referida corte, o valor da causa em sede de processo cautelar não fica intimamente ligado ao valor atribuído à petição do processo principal, visto que o objetivo da cautelar é assegurar o resultado final do processo, não sanar a crise de certeza, como no processo principal.

Nos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior, “Em qualquer procedimento cautelar, nominado ou inominado, há, em regra, a possibilidade de contestação e exceção⁴⁸”. O artigo 802 do Código de Processo Civil dispõe acerca da obrigatoriedade de haver a citação do réu para, no prazo de cinco dias a contar da juntada aos autos do mandado de citação, contestar o pedido do autor, ficando evidente a existência do contraditório em sede de processo cautelar. Há a possibilidade do cabimento de exceção no processo cautelar, como a incompetência absoluta, impedimento, e suspeição do juiz bem como a impugnação ao valor da causa.

Outra questão importante a ser levantada é com relação ao fato de o réu não apresentar resposta no prazo estabelecido. De acordo com o artigo 803 do Código de Processo Civil, caso isso ocorra, haverá presunção de veracidade quanto aos fatos aventados pelo autor. Entretanto, não haverá reconvenção no processo cautelar, uma vez que o mesmo não se destina à discussão sobre o mérito da controvérsia⁴⁹.

O fato de as alegações do autor se presumirem verdadeiras ante a falta de contestação do réu, não quer dizer que haverá a procedência automática do pedido. Para MARINONI e ARENHART:

No processo cautelar, a não apresentação de contestação faz surgir o efeito da presunção da *probabilidade* dos fatos afirmados na inicial. Porém, daí não

⁴⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 1208.

⁴⁷ (STJ-REsp-860.877 - 1ª Turma - Relator: Ministro Luiz Fux, Publicado no Diário da Justiça em 14/05/2008).

⁴⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 140.

⁴⁹ BARROS, Hamilton de Moraes e, *apud*, JÚNIOR, Humberto Theodoro, p. 141.

decorre a conclusão automática de que o pedido cautelar deva ser julgado procedente⁵⁰.

Assim, a ausência de contestação da petição inicial no processo cautelar resulta na presunção de probabilidade dos fatos narrados nesta e, não a procedência automática do pedido cautelar.

A sentença de mérito no processo cautelar não é a mesma do processo de conhecimento, isto porque o mérito da questão discutida na cautelar objetiva uma proteção verificando apenas se estão presentes os requisitos para a concessão da tutela, ao contrário do processo de conhecimento, que visa afastar uma crise de certeza.

Poderá haver o julgamento da cautelar e do processo principal em um único momento, devendo o magistrado se pronunciar sobre o mérito da cautelar e o mérito do processo principal. Da sentença proferida no processo cautelar caberá apelação, assim como da sentença que decidir o processo principal, onde o julgador, de imediato, deverá indicar em que efeitos recebe tanto a apelação no caso do processo cautelar quanto a apelação referente ao processo principal.

O recurso cabível da sentença que julga o processo cautelar é a apelação que “não terá efeito suspensivo, na forma do art. 520, IV, do CPC”.⁵¹, mas terá efeito devolutivo e translativo.

No processo cautelar, haverá coisa julgada formal, tendo em vista que o juiz decidirá a questão com base na aparência do direito, diferente do processo principal onde o julgador apreciará a causa para sanar a crise de certeza, caso em que se operará a coisa julgada material, havendo exceção quanto à prescrição e decadência, caso em que permitirá a coisa julgada material.

3.5 Cautelares Nominadas

O Código de Processo Civil dispõe de dois capítulos inseridos no Livro III, que se referem às disposições gerais atinentes ao processo cautelar, bem como às cautelares específicas ou nominadas que, dada a importância, foram elencadas pelo legislador.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 138.

⁵¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius. Op. cit., p. 716.

Conforme dito em linhas pretéritas, pode o juiz aplicá-las da maneira que melhor se adequa aos fatos trazidos pelas partes, pois o magistrado possui o poder geral de cautela conferido pelo artigo 798 do Código de Processo Civil, se valendo do princípio da fungibilidade que permite a concessão de medida diversa da postulada.

3.5.1 Arresto

O diploma processual civil dispõe no artigo 813 acerca do *arresto*, medida cautelar que objetiva assegurar bens indeterminados do patrimônio do devedor para garantir a efetividade da futura execução de pagar quantia certa⁵².

Vale frisar a distinção entre o *arresto* aqui tratado e aquele do processo de execução. O *arresto* em sede de cautelar visa garantir uma futura execução, devendo o autor comprovar o *periculum in mora* e a *fumaça do bom direito*, ao passo que no processo de execução, o *arresto* é incidental e não ostenta natureza cautelar, pois de acordo com o que dispõe o artigo 653 do Código de Processo Civil, o oficial de justiça poderá arrestar quantos bens bastem para efetivar a execução, no caso de o devedor não ser encontrado, ou seja, o *arresto* executivo, como é chamado, é ato preparatório da penhora⁵³ até que o devedor seja citado, caso em que o *arresto* se converterá em penhora.

Diante disso, “O *arresto* se caracteriza pela constrição de um ou mais bens do devedor, suficientes para, em futura execução por quantia, assegurar o pagamento da dívida⁵⁴.”

Seus requisitos estão expressos no artigo 814 do Código de Processo Civil, que é a prova literal da dívida líquida e certa ou, prova documental ou justificação de alguns dos casos contidos no artigo 813 do referido código⁵⁵.

⁵² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 1227.

⁵³ GONÇALVES, Marcus Vinicius. Op. cit., p. 719.

⁵⁴ Ibidem, p. 720.

⁵⁵ Art. 813. O *arresto* tem lugar:

I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;

II - quando o devedor, que tem domicílio:

a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente;

A prova da dívida líquida e certa constitui o *fumus boni iuris*⁵⁶, e o *periculum in mora* é o receio de o devedor se desfazer dos bens frustrando a futura execução. Ainda que o Código de Processo Civil mencione o cabimento do arresto com relação ao devedor, importante observar que o referido instrumento possui a finalidade de assegurar os bens do devedor em razão da demora do processo principal.

São legítimos para figurarem nos polos da tutela de arresto aqueles que se aleguem titulares de relação jurídica que consista, natural ou acidentalmente, em imposição de pagar quantia certa⁵⁷. Em outras palavras, a legitimidade ativa é do credor e, a passiva, é do devedor ou de terceiro.

Os bens que podem ser arrestados são aqueles que podem ser penhorados, com observância ao que dispõe o artigo 649 do Código de Processo Civil e a Lei n.º 8.009/90⁵⁸. Os bens objeto de arresto podem ser móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, desde que tenham valor econômico, e possam ser alienados⁵⁹.

O procedimento do arresto será o estabelecido na parte geral do Livro III do Código de Processo Civil, mas com temperamentos. Quando se tratar da União, Estados ou Municípios, o juiz poderá conceder a tutela sem prévia justificação ou se o credor prestar caução, nos termos do artigo 815 do Código de Processo Civil, o que não afasta a comprovação dos pressupostos gerais para a concessão da tutela de arresto que são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Deferido o arresto, deverá ser nomeado um depositário que será responsável pela conservação dos bens.

Poderá o arresto ser suspenso e ter cessados seus efeitos. Para que ocorra a suspensão do processo, deverá ser depositado em juízo o valor integral da dívida ou caução em valor suficiente para cobrir o débito e todos os seus acessórios⁶⁰, de acordo com o que dispõe o artigo 819 do Código de Processo Civil. A cessação dos seus efeitos ocorrerá nos casos estabelecidos no artigo 820 do diploma processual

b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;

III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas;

IV - nos demais casos expressos em lei.

⁵⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 78

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 210.

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 8.009 de 29 de Março de 1990.

⁵⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius. Op. cit., p. 722.

⁶⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 80.

civil, quais sejam: a novação e a transação. O arresto guarda semelhança com o sequestro, que também visa assegurar bens para uma futura execução.

3.5.2 Sequestro

O *sequestro* é a medida cautelar que assegura futura execução para a entrega de coisa, e que consiste em apreensão de bem *determinado*, objeto do litígio, para lhe assegurar entrega (...) ⁶¹.

No mesmo sentido, NEVES diz que o sequestro é a medida cautelar que tem como objetivo assegurar a eficácia de futura execução para a entrega de coisa, consistindo na busca e apreensão de determinado bem ou bens do patrimônio do requerido ⁶².

Dispõe o artigo 822 do Código de Processo Civil que o juiz poderá decretar o sequestro, desde que seja requerido pelas partes, nos casos de bens móveis, semoventes ou imóveis, dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicado, caso o réu seja condenado por sentença passível de recurso, dos bens do casal, nas ações de desquite e de anulação de casamento e, nos demais casos expressos em lei.

O artigo 823 do Código de Processo Civil estabelece a subsidiariedade das condições previstas no arresto, podendo estas, no que couber, serem aplicadas ao sequestro. MARINONI e ARENHART dizem que,

Na realidade, é evidente que essa aplicação analógica somente é possível em relação à forma de efetivação da medida - não, certamente, quanto aos requisitos da cautelar - sobretudo porque, em ambas, tem-se a apreensão e o depósito de bens até decisão final. E, mesmo assim, há substanciais diferenças entre as medidas, que devem ser respeitadas ⁶³.

Como visto, tanto a tutela cautelar de arresto quanto a de sequestro têm por escopo assegurar uma futura execução por quantia certa, a diferença entre uma tutela e outra está no fato de que a tutela cautelar de arresto visa assegurar bens indeterminados e, a tutela cautelar de sequestro, bens determinados; no arresto há a possibilidade de substituição do bem objeto da constrição, nos termos do artigo 805 do Código de Processo Civil, o mesmo não ocorre no sequestro; de acordo com o

⁶¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 261.

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 1233.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 223.

artigo 818 do Código de Processo Civil, a finalidade do arresto é ser transformado em penhora, não sendo essa a finalidade do sequestro.

A concessão da tutela cautelar de sequestro está condicionada aos requisitos do *fumus boni juris* e *periculum in mora*. O *fumus boni juris* corresponde à dúvida objetiva, de disputa, acerca da titularidade ou da posse da coisa⁶⁴. Assim, o *fumus boni juris* se configura quando há dúvida sobre o real possuidor do bem; já o *periculum in mora* se configura quando há o receio de que o bem será danificado obstando a entrega ao seu verdadeiro proprietário.

Se incidental o sequestro, a legitimidade será das partes que figuram nos polos ativo e passivo da ação principal, ao passo que se a propositura do sequestro for preparatória, os legitimados para o ajuizamento da tutela serão os envolvidos na disputa acerca da posse ou titularidade do bem⁶⁵.

O procedimento da tutela cautelar de sequestro é aquele estabelecido nos artigos 802 e 803, ambos do Código de Processo Civil e, no que couber, serão aplicadas as disposições contidas na parte que diz respeito à tutela cautelar de arresto.

3.5.3 Caução

No decorrer do processo, haverá momentos em que a concessão de determinada medida ficará sujeita à prestação de garantia para que o magistrado a conceda. Nesse caso, o legislador consignou a figura da *caução* como instrumento garantidor da concessão de uma determinada tutela, objetivando resguardar um futuro prejuízo em razão de seu deferimento.

Existem duas formas de caução: aquela destinada à garantir a eficácia do processo principal, e aquela cujo objetivo é garantir um direito substancial, como ocorre na caução prestada como garantia do pagamento de uma dívida (...)⁶⁶. Assim, sempre que a caução tiver por escopo garantir a efetividade do processo principal, será cautelar, a exemplo do que ocorre com a concessão liminar de arresto, conforme

⁶⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 88.

⁶⁵ Ibidem, p. 90.

⁶⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 1239.

preleciona o artigo 805⁶⁷ do Código de Processo Civil. Caso contrário, se a caução objetivar garantir um direito material ou substancial, como no caso do oferecimento de caução para garantir o pagamento de determinada dívida, não terá natureza cautelar.

A caução é dividida em legal, negocial e judicial. A caução legal é aquela que tem seus pressupostos fixados em lei, não deixando ao magistrado margem de liberdade para analisar, no caso concreto, a existência ou não do risco de dano⁶⁸. Esse tipo de caução é conhecida como caução de direito completo, por não depender de outra motivação senão da regra de direito material ou processual que ordena sua prestação⁶⁹.

É possível a constatação de caução legal, de forma exemplificativa, no artigo 475-O, inciso III, do Código de Processo Civil. Esse dispositivo trata da execução provisória; outro exemplo de caução legal, é a necessidade de caução para interposição de embargos de terceiro, conforme disposição contida no artigo 1.051 do Código de Processo Civil. A concessão da medida é condicionada, em todos os casos citados, à constatação do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*.

Como explicitado, a caução legal é aquela em que a própria lei condiciona os casos de sua incidência, afastando a discricionariedade do magistrado para a sua concessão.

De outra parte, a caução negocial é aquela decorrente da celebração de um negócio jurídico, a exemplo da hipoteca. Em outras palavras, a caução negocial é aquela exigida para o fiel cumprimento de um contrato ou negócio jurídico⁷⁰. Já a caução judicial é aquela prestada em decorrência de alguma decisão judicial.

A legitimidade ativa da caução caberá ao interessado ou a terceiro, nos termos do artigo 828 do Código de Processo Civil.

No tocante ao procedimento, o artigo 829 do Código de Processo Civil diz que aquele que é obrigado a prestar caução em favor de alguém deverá indicar, na petição inicial, o valor que pretende dar em caução, o modo de prestação da caução, a estimativa dos bens, e, provar ser suficiente a caução ou a idoneidade do fiador, onde a sentença se revestirá de caráter meramente homologatório.

⁶⁷ Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 226.

⁶⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 280.

⁷⁰ Ibidem, p. 282.

3.5.4 Busca e apreensão

O Código de Processo Civil dispõe, no artigo 839, acerca da possibilidade de *busca e apreensão* de coisas ou de pessoas. Nesse caso, WAMBIER e TALAMINI entendem ser atos subsequentes e interdependentes⁷¹, pois o objetivo dessa tutela é procurar para apreender.

Corroborando o mesmo entendimento, NEVES diz que:

A busca e apreensão significa a **procura** e a **apropriação judicial** de uma coisa ou de uma pessoa, sendo lição doutrinária tradicional a afirmação de que a busca e apreensão é um todo indivisível, resultante de dois elementos sucessivos: o primeiro investiga-se com o objetivo de localizar a coisa ou pessoa e, ato contínuo, realiza-se a constrição judicial por meio do ato material de apreensão⁷².

Dessa forma, o instituto da busca e apreensão pode se dividir no ato de buscar a coisa e, posteriormente, apreende-la.

Por outro lado, observa-se que a busca e apreensão só será cautelar quando destinada à “preservar a efetividade do resultado de um processo”, a exemplo do que ocorre com a caução, devendo a sua concessão ser condicionada à comprovação dos requisitos do *fumus boni juris* e *periculum in mora*, ao contrário do que ocorre quando a busca e apreensão se destina como meio executivo perdendo sua natureza de cautelar. Isso ocorre, por exemplo, na execução de entrega de coisa móvel por se tratar de medida que visa a satisfação do direito⁷³.

De acordo com o artigo 840 do Código de Processo Civil, a petição inicial deverá conter os motivos ensejadores da medida e a indicação do lugar em que o bem ou pessoa se encontra. Ao analisar a petição, o juiz poderá deferir de imediato ou convocar audiência de justificação, que será feita em segredo, nos termos do artigo 841, para que sejam realizados esclarecimentos acerca do local onde se encontra o bem ou a pessoa a ser apreendido. A sentença, neste caso, tem eficácia mandamental e executiva⁷⁴.

⁷¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 107.

⁷² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 1245.

⁷³ Ibidem, p. 1.246.

⁷⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 109.

3.5.5 Exibição

Para que o juiz possa conceder à parte o seu direito, é necessário a comprovação de suas alegações por intermédio da produção de provas. Dentre os meios de prova admitidos em direito, está a prova documental, porém, a problemática encontrada é quando os documentos encontram-se na posse de terceiros. O legislador, sensível a essa questão, editou norma capaz de obrigar aquele que tenha a posse do documento ou coisa, a entregá-la em juízo.

A figura típica aqui tratada é a de *exibição*, que pode ser tanto de documentos quanto de coisas, de acordo com o que dispõe o artigo 844 do Código de Processo Civil. O artigo citado estabelece que o procedimento da tutela cautelar de exibição, seja exibição de documento ou de coisa móvel que está na posse de terceiro, é preparatório.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves a exibição pode ser utilizada como meio de prova durante a fase instrutória do processo, momento em que não terá natureza cautelar, tendo em vista que, nessa fase, é dispensada a análise dos requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris* porque não se discute se a parte tem direito material sobre a coisa ou sobre o documento e, ainda, a exibição terá lugar, também, no caso de haver a necessidade de obter o conhecimento de dados para instruir a ação principal restando dispensados os requisitos da tutela cautelar, porque o objetivo é apenas obter informações e dados mais precisos para a instrução do processo principal, e não a preservação da prova para utilização futura⁷⁵.

Numa outra concepção proposta pelo mesmo doutrinador, a exibição poderá ser fundada em direito material sobre a coisa ou sobre o documento, não necessitando da comprovação dos requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris* porque, nesse caso, o objetivo é apenas tomar conhecimento da coisa para o exercício do direito relativo ao próprio objeto e, em última análise, a exibição só terá natureza cautelar quando houver o perigo de o documento ou a coisa não poder ser exibido no momento oportuno devendo se submeter, portanto, à demonstração do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*⁷⁶.

⁷⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 1250 e 1.251.

⁷⁶ Ibidem, p. 1.252.

Com relação à legitimidade para propor a tutela cautelar de exibição, é suficiente que o proponente seja o titular do direito para figurar no polo ativo da demanda e, no polo passivo, pode ser qualquer sujeito que esteja na posse do documento ou coisa, tendo em vista que a fixação de sua legitimidade não é a relação que guarda com a futura e eventual ação principal, mas com a coisa ou o documento que se pretende ver exibido em juízo⁷⁷.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves diz que para ser cautelar, “é preciso que o autor postule a exibição desses documentos ou coisas, porque há um risco de que se percam, sendo necessários para instruir o processo principal⁷⁸”. Segue o ilustre doutrinador dizendo que a exibição só pode ter por objeto “coisa móvel”⁷⁹; caso a pretensão do autor tenha por objeto bem imóvel, deverá se valer da produção antecipada de provas.

O artigo 845 do diploma processo civil permite a aplicação, no que couber, das disposições contidas nos artigos 355 a 363 e, 381 e 382, todos do mesmo código. Vale lembrar que os referidos dispositivos regulam a exibição requerida de forma incidental.

Conforme explicitado, a exibição de documento ou coisa tem lugar quando há a necessidade de produção de determinada prova na fase instrutória do processo de conhecimento e a coisa ou o documento se encontra sob a guarda de outra pessoa.

Nesse caso, a exibição não terá natureza cautelar, o que só ocorrerá, se a exibição tiver por finalidade afastar o risco de que a coisa ou o documento se percam ou pereçam. Importante destacar com relação à legitimidade da tutela cautelar de exibição que, no polo ativo, figurará o titular do direito, seja ele material ou processual e, no polo passivo, aquele que se encontra na posse da coisa ou do documento que será apresentado em juízo.

3.5.6 Produção antecipada de provas

Outro ponto relevante atinente às cautelares é a *produção antecipada de provas* que objetiva antecipar o interrogatório da parte, a inquirição de testemunhas e

⁷⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 1254.

⁷⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius. Op. cit., p. 727.

⁷⁹ Idem.

o exame pericial, assim como consta no artigo 846. Na visão de Marcus Vinicius Rios Gonçalves a tutela cautelar de produção antecipada de provas “É ação cautelar que visa antecipar a produção de determinada prova, realizando-a em momento anterior àquele em que normalmente a prova seria produzida⁸⁰”.

Para sua concessão, a tutela cautelar de produção antecipada de provas necessita da comprovação do perigo de desaparecimento do objeto da prova ou de seu perecimento⁸¹, o que caracteriza o *periculum in mora*, e que a sua produção antecipada se fará necessária para instruir futura demanda judicial, fato que configura o *fumus boni juris*.

São legítimos para a propositura da produção antecipada de provas todo aquele que possuir legitimidade para figurar no processo principal, como sujeito ativo; como sujeito passivo, aquele contra quem se pretenderá utilizar a prova produzida.

O procedimento será aquele estabelecido no artigo 801 do Código de Processo Civil, cabendo aplicação subsidiária do artigo 282. A sentença será homologatória declarando que a prova foi devidamente produzida.

3.5.7 Alimentos provisionais

Resolveu por bem o legislador dedicar tratamento especial às partes que litigam numa ação de divórcio, anulação de casamento, separação judicial e demais casos expressos em lei, dispondo no artigo 852 do Código de Processo Civil acerca dos *alimentos provisionais*, conhecidos como alimentos para o processo.

Esses alimentos “Podem ser preparatórios ou incidentais (...) cuja finalidade está ligada à própria sobrevivência da parte e ao custeio do processo - e, portanto, serve para assegurar a fruição prática do possível resultado final do processo⁸²”.

A doutrina ressalta que existem três espécies de alimentos, são eles: os naturais; os civis e os processuais. Os naturais são aqueles necessários à manutenção da pessoa; os civis se prestam para manter a condição social da pessoa e, os processuais são aqueles prestados para as despesas processuais⁸³.

⁸⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius. Op. cit., p. 728.

⁸¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 126.

⁸² Ibidem, p. 133 e 134.

⁸³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 1275.

Cumprir destacar, de forma rápida, a discussão doutrinária acerca da natureza dos alimentos provisionais. Parte da doutrina entende que a natureza dos alimentos provisionais se reveste de caráter cautelar, WAMBIER e TALAMINI, por exemplo, entendem que

Os que negam tal possibilidade apegam-se, muitas vezes, ao argumento de que se trata de uma antecipação dos efeitos da tutela a ser propiciada no processo principal - o que afastaria o caráter acautelatório.

No entanto, se for levada às últimas consequências a afirmação de que a medida cautelar é a que tem por escopo garantir a eficácia da ação principal, a resposta tem que ser positiva. É, sim, providência cautelar em sentido amplo. (...)

Afinal, trata-se de ação cuja a finalidade está ligada à própria sobrevivência da parte e ao custeio do processo - e, portanto, serve para assegurar a fruição prática do possível resultado final do processo⁸⁴.

De acordo com as considerações acima explanadas, é possível concluir que a natureza antecipatória e cautelar da medida estão reunidas em uma mesma categoria. Por outro lado, parcela da doutrina entende ser inegável o caráter antecipatório da tutela de alimentos provisionais.

Nessa esteira é o entendimento de NEVES, dizendo que

É até possível manter a estrutura procedimental cautelar, até mesmo no tocante à necessidade de comprovação do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, mas é inegável a natureza de satisfação fática do direito, com a antecipação dos efeitos práticos do futuro e definitivo reconhecimento do direito a alimentos e a consequente condenação a sua prestação⁸⁵.

Consoante o exposto acima, é possível identificar a divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da tutela de alimentos provisionais.

Outra distinção necessária é com relação aos alimentos provisionais e provisórios. Os primeiros já foram tratados alhures; os segundos se referem aos alimentos concedidos, liminarmente, em ação de alimentos, desde que haja prova pré-constituída⁸⁶ da relação de parentesco ou da obrigação de alimentar⁸⁷, caso em que o rito será especial.

⁸⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 133 e 134.

⁸⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 1276.

⁸⁶ BRASIL. Artigo 4º da Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm>. Acesso em: 19/04/2014.

⁸⁷ Ibidem, p. 1277.

A doutrina afirma que no caso de não haver prova pré-constituída, deverá a parte se valer do procedimento comum para pleitear os alimentos onde, nesse caso, serão os alimentos provisionais que observará os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

No tocante ao procedimento da tutela cautelar de alimentos provisionais, a petição inicial deverá conter os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil bem como a comprovação dos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* bem assim da indicação do binômio necessidade/possibilidade do alimentante, de acordo com o exposto no artigo 854⁸⁸. Mesmo que o processo principal se encontre no tribunal para julgamento, o pedido de alimentos provisionais se processará no juízo de primeiro grau⁸⁹.

A sentença terá eficácia mandamental ao passo que determina o pagamento da verba alimentar sob pena de imposição de prisão e, declaratória, caso em que servirá de título executivo para uma futura execução.

3.5.8 Arrolamento de bens

Visando garantir a efetividade de uma demanda judicial onde há receio de dissipação ou extravio de bens, o Código de Processo Civil, nos artigos 855 a 860, dispõe acerca do *arrolamento de bens*⁹⁰. Mais uma cautelar típica com finalidade de resguardo de uma relação jurídica tutelável.

Assim, a tutela cautelar de arrolamento de bens busca identificar os bens e, em ato posterior, a constrição dos mesmos. Nesse ponto que a doutrina classifica a referida tutela como tendo escopos distintos⁹¹, porém intimamente ligados. A cautelar de arrolamento de bens tem, de um lado, caráter instrutório, ou seja, de identificação dos bens, de outro, caráter constritivo.

⁸⁸ Art. 854. Na petição inicial, exporá o requerente as suas necessidades e as possibilidades do alimentante.

Parágrafo único. O requerente poderá pedir que o juiz, ao despachar a petição inicial e sem audiência do requerido, lhe arbitre desde logo uma mensalidade para manutenção.

⁸⁹ Art. 853. Ainda que a causa principal penda de julgamento no tribunal, processar-se-á no primeiro grau de jurisdição o pedido de alimentos provisionais.

⁹⁰ Art. 855. Procede-se ao arrolamento sempre que há fundado receio de extravio ou de dissipação de bens.

⁹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 143.

No arrolamento de bens se busca identificar e conservar uma universalidade de bens, entendido como universalidade de bens todos aqueles singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária⁹², considerando, para tanto, os bens imóveis e móveis, incorpóreos e corpóreos.

Tem similaridade com a tutela cautelar de sequestro no tocante à natureza constitutiva de bens, cuja diferenciação se dá pelo fato de que no arrolamento de bens o que se pretende é o conhecimento, de forma detalhada, da universalidade dos bens pertencentes ao patrimônio do requerido, e no sequestro a constrição recai sobre bem determinado e não é necessário o conhecimento detalhado da universalidade de bens do requerido.

Guarda similitude, também, com o arresto, onde a constrição recai sobre bens penhoráveis e indeterminados, para o pagamento de quantia. Dessa forma, fica evidente que o objetivo do arrolamento de bens é, antes da constrição, tomar conhecimento, de forma detalhada, dos bens pertencentes ao patrimônio do réu, como na hipótese de partilha de bens e outras situações definidas em lei.

Vale frisar as considerações feitas por MARINONI e ARENHART acerca da diferenciação entre o arresto e o sequestro, pegando por base a discussão atinente à tutela de arrolamento de bens:

Recorde-se que a medida de sequestro exige que o requerente descreva com exatidão os bens que serão objeto da constrição judicial, já que essa medida objetiva a apreensão de bem determinado. Já o arresto tem por finalidade a proteção de crédito - cuja satisfação se dá de forma difusa no patrimônio do requerido - de modo que a constrição ali almejada abranja *qualquer* bem com conteúdo econômico. No arrolamento, tem-se figura sob certa medida intermediária, porque nem há um bem específico a ser demandado, nem se admite a apreensão de qualquer bem do requerido. Visa a medida à apreensão e à descrição de um conjunto de bens, que está na posse do requerido, mas que é objeto de pretensão do requerente⁹³.

Sendo assim, tem-se que a figura da tutela de arrolamento de bens possui natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é a conservação dos bens que serão objeto de futura demanda judicial.

⁹² Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 286 e 287.

Os requisitos para a concessão do arrolamento de bens são o fundado receio de extravio ou de dissipação dos bens (art. 856)⁹⁴, que configura o *periculum in mora*, podendo a referida tutela ser requerida por quem tiver interesse em ver conservados os bens, o que caracteriza o *fumus boni juris*.

A legitimidade caberá a quem tiver o interesse na conservação dos bens em posse de outrem, desde que tenha interesse jurídico. O interesse jurídico aqui tratado consiste naquele já constituído ou que deverá ser em ação própria⁹⁵.

Quanto ao procedimento, o arrolamento de bens deverá, mesmo que incidente, correr em autos separados que serão apensos ao processo principal. A petição deverá indicar o interesse que a parte tem sobre os bens e a razão pela qual propõe a presente tutela. A sentença terá eficácia mandamental e executiva, visto que determina a identificação dos bens e a constrição dos mesmos.

3.5.9 Justificação

O magistrado ao se deparar com o pedido de deferimento de uma medida cautelar, poderá convocar as partes para uma audiência de *justificação* caso pare alguma dúvida acerca do pedido do autor. Essa audiência de justificação se destina à colheita de depoimento para melhor analisar a tutela pleiteada.

A doutrina destaca que a justificação tem dois significados. O primeiro se refere à plausibilidade do fato narrado, caso em que o juiz se utilizará desse meio para chegar a um juízo de probabilidade acerca da alegação. Em um segundo momento, a justificação é utilizada para a coleta de prova testemunhal⁹⁶, bem parecido com o que ocorre com a produção antecipada de provas, entretanto, o que as diferencia é que a prova produzida mediante justificação poderá ser utilizada em processo futuro, ou não. Segundo Humberto Theodoro Júnior, a justificação, enquanto destinada à produção de prova testemunhal, não possui natureza cautelar, pois não tem a finalidade de assegurar a prova, mas criar a prova⁹⁷, motivo pelo qual não se aplica os requisitos inerentes ao processo cautelar.

Como bem se posiciona a doutrina,

⁹⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 356.

⁹⁵ Ibidem, p. 358.

⁹⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 363.

⁹⁷ Ibidem, p. 364.

(...) na produção antecipada de provas, a preocupação recai sobre o meio probatório utilizado e objeto sobre o qual ele vai incidir. Há a perspectiva de que não se possa mais fazer tal prova com a mesma qualidade. Define-se, então, qual é o meio de prova que se precisa adiantar, e a antecipação recai sobre ele. Já na justificação, a tónica incide sobre o próprio *resultado probatório*. Indicar-se o que se quer *justificar, provar*, e, tendo em vista esse escopo previamente delineado, produzem-se provas para se tentar chegar a tal fim⁹⁸.

Fica claro que a tutela cautelar de produção antecipada de provas se preocupa em produzir a prova antes da fase instrutória do processo de conhecimento, sob pena de não ser mais possível sua produção. Já na justificação, o que se pretende é a produção da prova para chegar à conclusão de algum fato. A legitimidade para propor a justificação cabe a qualquer pessoa que tenha interesse jurídico ou que possua relação jurídica com o fato⁹⁹; o polo passivo será aquele em face de quem será produzida a prova.

Na petição inicial deverá estar presente o interesse na causa; os interessados deverão ser citados; caso os interessados não se manifestem, intervirá o Ministério Público; haverá contraditório e as testemunhas poderão ser questionadas. A sentença na justificação será declaratória, pois o magistrado verificará se a produção de provas atendeu às formalidades legais¹⁰⁰.

3.5.10 Protestos, notificações e interpelações

O direito procura tutelar todas as relações existentes no seio social de modo que o faz por intermédio de instrumentos colocados à disposição do Estado com essa finalidade. Como o sujeito de direito é passível também de obrigações, o sistema processual civil brasileiro dispõe de instrumento capaz de isentar a parte de ser responsabilizada por algum fato, por meio dos *protestos, notificações e interpelações*. Esse instrumento tem a finalidade de prevenir a responsabilidade, prover a conservação e ressalva dos direitos da parte ou manifestar qualquer intenção de modo

⁹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 152 e 153.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 296.

¹⁰⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 156.

formal, podendo ser feito por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito¹⁰¹.

Por não haver ação, no tocante à busca de uma solução judicial, os protestos, notificações e interpelações não ostentam natureza cautelar bem como a jurisdição não é contenciosa, mas voluntária. De outra parte, com relação ao protesto, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery dizem que,

Sob o ponto de vista processual, o protesto é medida acautelatória de direitos. Sob o ponto de vista material, possui conteúdo completante de determinado negócio cuja eficácia depende de trazer a conhecimento do interessado, em alto e bom som, a disposição de ver realizada a eficácia *ex lege* (ou, excepcionalmente *ex voluntate* - v. Pontes de Miranda. *Coments CPC [1973]*, t. XII², espera um resultado. Por isso o protesto, por sua vez, tem sua própria eficácia subordinada ao fato de corresponder à intenção de quem o maneja e à correspondência perfeita dos fatos que se alega terem ocorrido¹⁰².

Como bem analisado pela doutrina, o protesto, sob o ponto de vista processual, tem natureza acautelatória, o que justifica ser tratado como cautelar. A interpelação, por sua vez, tem o objetivo de informar o cumprimento de uma determinada obrigação civil¹⁰³ e, a notificação, tende a comunicar alguém que, diante dessa comunicação, poderá responder de forma negativa ou positiva¹⁰⁴.

Com relação ao procedimento, a parte deverá consignar os fundamentos na petição inicial e a intimação deverá ser feita por mandado e, na impossibilidade desse, por edital. Caso haja recurso, o mesmo será de apelação.

3.5.11 Homologação de penhor legal

Existem medidas contidas no sistema processual brasileiro que podem ser tomadas sem levar ao conhecimento do juiz os fatos para que este diga se é possível,

¹⁰¹ Art. 867. Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito.

¹⁰² JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade, **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**, 13. ed., revista, atualizada e ampliada de acordo com: Nova estrutura de Defesa da Concorrência - Lei 12.529/2011, Decreto 7.738/2012 e resolução n. 1 do Cade, Criação e instauração obrigatória dos Juizados Especiais Itinerantes pelos Estados e Distrito Federal - Lei 12.726/2012, As mais recentes Súmulas do STJ, Acréscimo de julgados atuais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1358.

¹⁰³ HOUAISS, Antônio, **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, 1. ed., Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009, p. 1099.

¹⁰⁴ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 1359.

ou não, fazer aquilo. A *homologação de penhor legal* é o exemplo desse tipo de medida que pode ser tomada sempre que ocorrer qualquer das hipóteses contidas no artigo 1.467 do Código Civil. De acordo com o Código Civil, o penhor legal tem lugar quando efetuado para garantir despesas de consumo dos hóspedes em pousada, ou para reaver aluguéis.

Num primeiro momento, com vistas à urgência proporcionada pela situação, o credor poderá reter os bens que guarnecem o estabelecimento em razão do débito existente e, em momento posterior, levar a juízo para que seja homologada essa garantia com a finalidade de reconhecer uma situação preestabelecida, atestando-lhe a regularidade¹⁰⁵.

Os requisitos para que a parte possa se valer desse instrumento estão descritos no artigo 1.467 do Código Civil, cabendo àqueles sujeitos ali descritos pleitear a referida tutela. O pedido será formulado em petição dirigida ao juiz, que conterà a conta detalhada das despesas, o preço dos objetos e a lista dos objetos retidos; a citação do devedor deverá ser efetuada em vinte e quatro horas para que pague ou apresente defesa¹⁰⁶. A sentença terá natureza homologatória caso seja deferido o pedido do autor.

3.5.12 Posse em nome do nascituro

O legislador entendeu por bem garantir direitos àqueles que, por mais que não são capazes de desempenhar todos os atos inerentes à vida civil, são sujeitos de direitos, como é o caso do nascituro. O artigo 877 do Código de Processo Civil dispõe de medida capaz de garantir os direitos do nascituro por intermédio da tutela cautelar denominada *posse em nome do nascituro* que, como dito, visa garantir os direitos do nascituro desde que o pedido esteja instruído com prova bastante para que se efetive a garantia.

¹⁰⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 382.

¹⁰⁶ Art. 874. Tomado o penhor legal nos casos previstos em lei, requererá o credor, ato contínuo, a homologação. Na petição inicial, instruída com a conta pormenorizada das despesas, a tabela dos preços e a relação dos objetos retidos, pedirá a citação do devedor para, em 24 (vinte e quatro) horas, pagar ou alegar defesa.

Parágrafo único. Estando suficientemente provado o pedido nos termos deste artigo, o juiz poderá homologar de plano o penhor legal.

O nascituro é aquele fruto da concepção humana que se acha no ventre materno, vivendo, ainda, em subordinação umbilical¹⁰⁷, ou seja, o nascituro é aquele que ainda não nasceu mas já é sujeito de direito, e é nesse ponto o alcance da norma, proteger quem ainda não pode por si mesmo. A legitimidade para requerer a proteção é da mulher que tem o nascituro em seu ventre¹⁰⁸. Para as causas que envolvam interesses de incapazes, é preciso a intimação do Ministério Público, consoante disposição contida no artigo 82, inciso II do Código de Processo Civil¹⁰⁹.

No que tange ao procedimento, o § 1º, do artigo 877 do Código de Processo Civil determina que o requerimento deverá ser instruído com a certidão de óbito do sujeito com quem o nascituro guarda relação. A sentença, para o caso, será meramente declaratória, pois a finalidade é o reconhecimento dos direitos do nascituro.

3.5.13 **Atentado**

Com vistas a afastar lesão ou ameaça a direito, o Código de Processo Civil dispõe, no artigo 879, de mais uma tutela cautelar capaz de afastar uma situação de risco. Trata-se do *atentado*, cuja finalidade consiste no meio de exercitar a pretensão de restituição ao *status quo* para que a situação de fato possa guardar a solução do processo tal como se achava ao ajuizar-se o feito¹¹⁰.

Numa outra concepção

O atentado é medida que se destina a preservar o estado de coisas existente no momento em que a ação principal foi intentada, a fim de permitir mais precisa compreensão das circunstâncias de fato existentes naquela ocasião, para que o juiz possa formar de modo mais adequado sua convicção¹¹¹.

¹⁰⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 390.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 391.

¹⁰⁹ Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

¹¹⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 397.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 317.

Seu objetivo é o de recompor, do melhor modo possível, a situação alterada por uma das partes, que praticou ato atentatório¹¹².

Assim, o atentado é medida utilizada para restituir ao estado de origem a situação que restou prejudicada por alguma das partes no curso de uma relação processual. Diante disso, é fácil identificar que a tutela cautelar de atentado é utilizada de forma incidental pelo fato de haver uma relação processual em curso.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves, “Comete atentado o sujeito que cria uma nova situação jurídica ou altera o *status quo* durante a pendência de uma demanda judicial, sem estar amparado no Direito e gerando com sua conduta um prejuízo¹¹³”. Dessa forma, comete atentado quem viola penhora, arresto, sequestro ou imissão na posse; prossegue em obra embargada e, altera ilegalmente, o estado dos fatos¹¹⁴.

Os requisitos para que configure o atentado estão expressamente descritos no artigo 879 do Código de Processo Civil, lembrando que tal medida só se dará de forma incidental, não sendo admitida na forma preparatória, de acordo com o artigo 880 do diploma processual. A petição inicial deverá atender ao que dispõem os artigos 802 e 803 do Código de Processo Civil e, em razão de ser medida incidental, seguirá em autos apartados, mas apenso ao processo principal. A sentença será mandamental, pois determina a restituição da situação ao seu estado de origem e, condenatória, quanto ao ressarcimento dos danos provenientes do atentado.

3.5.14 Protesto e apreensão de títulos

O Livro III do Código de Processo Civil se destina, como exaustivamente vem sendo tratado, às tutelas cautelares que têm por escopo afastar o receio de dano a um bem juridicamente tutelado ou assegurar a efetividade do processo principal, porém, nem todas as medidas inseridas neste livro possuem natureza cautelar. Isso ocorre com o protesto e apreensão de títulos, com previsão expressa no artigo 882 do Código de Processo Civil.

¹¹² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 181.

¹¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 1313.

¹¹⁴ Art. 879. Comete atentado a parte que no curso do processo:

I - viola penhora, arresto, seqüestro ou imissão na posse;

II - prossegue em obra embargada;

III - pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato.

Faz-se necessário diferenciar o protesto aqui tratado do protesto estabelecido no artigo 867 do Código de Processo Civil. O protesto descrito no artigo 882 e seguintes do diploma processual civil visa confirmar o inadimplemento de uma obrigação por parte de outrem ao passo que o protesto inserido no artigo 867 do mesmo código tem o objetivo de prevenir responsabilidade.

O protesto com a finalidade de confirmar o inadimplemento da obrigação pode ser proposto pelo credor, que figurará no polo ativo da demanda e, o polo passivo, será integrado pelo sujeito que não cumpriu a obrigação. A petição inicial deverá conter todos os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil com observância ao que dispõem os artigos 802 e 803 do mesmo código. A sentença terá eficácia mandamental e executiva, pois determinará a apreensão dos títulos em posse de quem os detenha.

3.5.15 Outras medidas cautelares

Além das medidas tipicamente previstas na parte atinente aos procedimentos cautelares, o Código de Processo Civil ainda vislumbra outras medidas inominadas. São medidas que o próprio magistrado poderá autorizar caso veja a necessidade para tanto. A autorização ora em comento consistirá em: obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida; a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos; a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento; o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais; o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal; a guarda e a educação dos filhos, regulando o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós e, a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

Todas essas medidas são consideradas provisionais, não possuindo natureza cautelar, mas utilizando-se da cognição sumária (desenvolve-se mediante juízos de

mera probabilidade) e é parcial (restringe-se à questão emergencial objeto da medida, não as demais questões litigiosas a ela subjacentes) ¹¹⁵.

O procedimento seguirá as regras do artigo 889 do Código de Processo Civil e, no que couber, dos artigos 801 a 803 do mesmo código. A sentença terá caráter mandamental e executivo pelo fato de determinar ao réu que faça ou se abstenha de fazer e, ao mesmo tempo, condiciona o descumprimento da determinação à aplicação de medidas que buscam a efetivação do pedido mesmo sem a vontade do mesmo em cumpri-la.

Assim como no processo de conhecimento, a decisão exarada pelo juiz recebe a denominação de sentença, sendo aquela que põe fim ao processo caracterizando uma das condições estabelecidas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil, mesmo que o mérito do processo principal não seja abordado no processo cautelar.

Sendo assim, de acordo com a sistemática processual, o recurso cabível de sentença é a apelação, contendo apenas efeito devolutivo de acordo com o que dispõe o artigo 520, inciso IV do Código de Processo Civil. A razão de a apelação ser recebida apenas no efeito devolutivo está ligada à efetividade do provimento cautelar que produzirá efeitos de imediato, tanto quando determinar a constrição de bens ou a restrição de direitos, como quando autorizar a cessação de eficácia da medida cautelar deferida de forma liminar, ou em outro procedimento (como no caso de ação de modificação ou revogação)¹¹⁶.

Na hipótese de, em uma mesma sentença, o juiz decidir sobre o processo principal e o processo cautelar, a apelação poderá suspender os efeitos do processo principal, mas, no tocante ao processo cautelar, esse terá eficácia imediata.

No processo cautelar caberá, também, recurso de agravo nos casos de concessão de liminar e de decisão que determinar cautelar incidental de ofício ou autorizá-las quando do requerimento efetuado pelas partes. Caberá embargos de declaração nos casos estabelecidos no artigo 535 do Código de Processo Civil.

Caso haja violação à preceito constitucional, o recurso cabível será o extraordinário, desde que demonstre a repercussão geral da matéria discutida. Do

¹¹⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 198.

¹¹⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 190.

mesmo modo, caso ocorra violação à normativa federal, caberá recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

Ante todo o exposto, para a melhor compreensão do tema proposto, se mostrou necessário o cotejo das espécies de tutelas cautelares para fim de demonstrar a atual realidade encontrada por aqueles que utilizam dos instrumentos processuais previstos para afastar uma situação de perigo, lesão ou ameaça a direito ou ao andamento e efetividade do processo.

De vital importância conhecer os institutos hodiernamente utilizados, para compreender as pretensas inovações implantadas pelo legislador em busca de maior celeridade processual, de forma a dar um retorno mais eficaz e menos custoso às partes que figuram em qualquer que sejam os polos de uma demanda judicial.

É preciso, portanto, dar maior efetividade e celeridade ao processo. De acordo com Maria Francisca Carneiro, vivemos às voltas com os prazos processuais, que em certo sentido, marcam o compasso da nossa dança no cotidiano forense¹¹⁷, ou seja, o tempo é quem dita o andamento das situações inerentes à rotina forense.

Nesse mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci diz que os atos do procedimento (...) devem ser realizados no momento oportuno¹¹⁸, o que, na visão do ilustre doutrinador, o processo é pautado pelo formalismo e, por essa razão, é moroso.

Com o objetivo de dar maior celeridade ao processo, o Senado Federal instituiu por meio do Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2009¹¹⁹, uma Comissão de Juristas para elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil capaz de atender os anseios na busca por uma justiça mais eficaz e menos dolorosa para aqueles que litigam à procura de uma solução para seus conflitos de interesses¹²⁰.

3.6 Perda da Eficácia e Revogação da Tutela Cautelar

¹¹⁷ CARNEIRO, Maria Francisca. **Estética do Direito e do Conhecimento**, São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 31.

¹¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e, **Tempo e Processo**, uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 14.

¹¹⁹ Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acessado em: 23/07/2014.

¹²⁰ A Comissão é composta por Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes.

A tutela cautelar é destinada a assegurar o direito ou a garantir a efetividade do processo principal, por essa razão é provisória e não definitiva, e seus efeitos perdurarão enquanto o processo principal existir, por se tratar de medida de caráter acessório.

Por outro lado, a tutela cautelar perderá sua eficácia se, no prazo estabelecido no artigo 806 do Código de Processo Civil, não for ajuizado o processo principal. Assim, a parte terá o prazo de trinta dias para ajuizar o processo principal, quando se tratar de cautelar preparatória. O que justifica o referido prazo é o fato de a parte contrária ficar à mercê da boa vontade do autor.

O prazo só começará a contar no momento em que se efetivar a tutela. Isso se justifica porque enquanto a tutela não é efetivada, o réu não sofre restrição alguma. O fato de o autor da cautelar não propor o pedido principal no prazo determinado acarretará na perda de eficácia da cautelar proposta.

Outra hipótese de perda de eficácia é quando o magistrado extingue o processo principal com ou sem julgamento de mérito, e como a cautelar é sempre acessória, perderá sua eficácia por falta de objeto. Se a decisão do juiz for de procedência, persistirão os efeitos da cautelar proposta, mesmo no caso de haver recurso do processo principal.

Dessa forma, a tutela cautelar poderá ser revogada se não proposto o pedido principal no prazo de trinta dias, bem como ser modificada se surgirem novos fatos ensejadores dessa modificação como, por exemplo, o afastamento da situação de perigo no qual o bem se submetia e, ainda, se houver o julgamento do processo principal com ou sem resolução de mérito¹²¹.

4 DO PROCESSO CAUTELAR NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1 Da Ausência das Cautelares Nominadas

Diferentemente do que ocorre no Código de Processo Civil de 1973, os Projetos de Lei nº 8.046/2010 da Câmara dos Deputados e o Projeto de Lei do Senado

¹²¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 167 e 168.

Federal nº 166/2010 eliminaram o livro das tutelas cautelares nominadas fazendo apenas menção às medidas de urgência (tutela cautelar e tutela antecipada) e à tutela de evidência, ou seja, ambos os projetos suprimiram o livro destinado às cautelares atribuindo mais uma medida como instrumento processual: a tutela de evidência.

Vale destacar que o Projeto de Lei 166/2010 do Senado Federal é o originário do qual resultou o Projeto de Lei 8.046/2010 da Câmara dos Deputados.

Destarte, não há mais que se falar em cautelar de arresto; de sequestro; de exibição de documentos, por exemplo, pois o juiz decidirá a medida de urgência de forma genérica de acordo com o caso concreto. O Projeto do Novo Código de Processo Civil se destina a unificar as tutelas de urgência e colocá-las ao lado da tutela da evidência afirmando que “*tutelas de urgência e tutela da evidência* são espécies de tutelas diferenciadas¹²², pautadas na efetividade, possibilitando a flexibilidade das mesmas para a aplicação ao caso concreto.

Assim, se fala em *adaptabilidade*¹²³ que é justamente essa flexibilização da norma para que a mesma se encaixe melhor ao caso concreto, escolhendo pela aplicabilidade de cláusulas gerais como técnica de interpretação para a adequada proteção do direito.

4.2 Tutela de Urgência e Tutela da Evidência no Projeto do Novo Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil de 1973 destina um livro somente para as cautelares e, em outra parte do mesmo diploma processual, mais precisamente no artigo 273, fala da tutela antecipada. O mesmo não ocorre no Projeto do Novo Código de Processo Civil, que busca unificar as tutelas de urgência tratando-as juntamente com outra figura criada para dar maior celeridade ao processo, denominada de tutela de evidência.

Os Projetos do Novo Código de Processo Civil fundamentam essa unificação na flexibilização do texto de lei para uma melhor aplicabilidade ao caso concreto, pautando-se em conceitos gerais, como técnica de interpretação, ensejando no que a

¹²² JUNIOR, Fredie Didier; FUX, Luiz; MEDINA, José Miguel Garcia, et all. **Novas Tendências do Processo Civil, Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**, Baseado no relatório apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012. Op. cit., p. 287.

¹²³ Ibidem, p. 288.

doutrina denomina de adaptabilidade, levando em conta, também, critérios objetivos para a interpretação dessas cláusulas gerais¹²⁴.

Esses critérios objetivos são expressos pela análise do fato concreto, como a existência de uma situação de perigo causada pelos efeitos negativos do tempo no processo, assim como a demonstração robusta de um direito a partir da verossimilhança, seguindo as mesmas condições estabelecidas no artigo 273 do atual código, condicionando a concessão da tutela à comprovação do (perigo dos efeitos causados pelo tempo, prova inequívoca e verossimilhança do direito), no caso de aplicação da tutela antecipada¹²⁵.

No tocante à tutela cautelar, Luiz Fux, presidente da comissão encarregada pela elaboração do Novo Código de Processo Civil diz, com relação às cautelares que, “A eliminação do livro próprio permitiu conferir o adequado tratamento à tutela cautelar, sendo certo que, quando antecedente, inicia o processo e na mesma relação processual instaura-se a ação principal¹²⁶”. Assim, o Projeto do Novo Código de Processo Civil exclui o livro destinado às cautelares nominadas bem como o processo principal se instaurará no curso da ação cautelar quando esta for proposta de forma preparatória que, segundo Miguel Garcia Medina (ocorre o fenômeno conhecido como “ultratividade” dos efeitos da tutela de urgência), nada impedindo que o réu ajuíze ação contra o autor, para discutir a questão¹²⁷. Diante disso é que se fala em tutela de urgência una, pois tanto a tutela antecipada quanto a tutela cautelar são meios para a concessão da tutela de urgência¹²⁸.

O Projeto de Lei nº 8.046/2010, de relatoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro,¹²⁹ que complementa o Projeto de Lei 166/2010, traz inovação também com relação à flexibilização da técnica de interpretação da tutela de urgência que, segundo a doutrina,

¹²⁴ JUNIOR, Fredie Didier; FUX, Luiz; MEDINA, José Miguel Garcia, et all. **Novas Tendências do Processo Civil, Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**, Baseado no relatório apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012. Op. cit., p. 288.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ FUX, Luiz. **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro**, Direito em Expectativa, reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 17.

¹²⁷ Disponível em: <<http://professormedina.com/2011/06/04/tutelas-de-urgencia-no-projeto-do-novo-cpc/>> Acessado em 07/05/2014.

¹²⁸ JUNIOR, Fredie Didier; FUX, Luiz; MEDINA, José Miguel Garcia, et all. Op. cit., p. 382.

¹²⁹ JUNIOR, Fredie Didier; FUX, Luiz; MEDINA, José Miguel Garcia, et all. **Novas Tendências do Processo Civil, Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**, Baseado no relatório apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012. Op. cit., p. 15.

A flexibilização trazida pelo novo texto é constituída pela simplificação e modificação dos rígidos requisitos existentes para a concessão de cada técnica urgente, para que estes se tornem comuns, coadunando-se com o mesmo objetivo que a fungibilidade de meios urgentes genéricos objetivava alcançar¹³⁰.

O que isso quer dizer é que na técnica atual do Código de Processo Civil, ainda há dificuldade de selecionar a medida adequada para aplicar ao caso concreto dentre as diferentes espécies de medidas cautelares expressas no corpo do referido código. Por essa razão que se fala em flexibilização da técnica aplicada em ambos os projetos do Novo Código de Processo Civil.

Importante frisar que a referida flexibilização e exclusão dos procedimentos cautelares nominados não excluem, do ordenamento jurídico, a tutela cautelar, mas apenas visa a melhor adequação do procedimento ao caso concreto, por entender a doutrina que o desapego à forma possibilita que também o procedimento para a concessão de técnicas de urgência seja unificado (...) ¹³¹.

Como se tratam de um único regime, o juiz, se valendo do princípio da fungibilidade, poderá aplicar ao caso concreto a tutela que melhor atenda ao interesse da parte. Assim sendo, tutela de urgência é uma só, podendo, de acordo com o caso concreto, ser concedida com efeitos acautelatório ou antecipado.

Dessa forma, o artigo 276 do Projeto de Lei nº 8.046/2010 da Câmara dos Deputados que se originou do Projeto de Lei 166/2010 do Senado Federal diz o seguinte:

Art. 226. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Parágrafo único. Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

Art. 277. E, casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.

Como visto, o dispositivo acima citado condiciona a concessão de qualquer que seja a tutela de urgência a requisitos que evidenciem a plausibilidade de um

¹³⁰ JUNIOR, Fredie Didier; FUX, Luiz; MEDINA, José Miguel Garcia, et all. Op. cit., p. 385.

¹³¹ Idem.

direito, ou seja, tem que no mínimo demonstrar a aparência de um direito da parte que pleiteia a medida, bem como do risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Não houve alteração na essência da tutela de urgência que ainda compreende a tutela de caráter conservativo e a tutela de caráter satisfatório, o que houve foi a alteração quanto ao procedimento das referidas tutelas de urgência.

É possível identificar que ambos os Projetos do Novo Código de Processo Civil dispõem, no mesmo título, a tutela de urgência e tutela de evidência, sendo esta última uma inovação trazida pelos referidos projetos no caso de a parte possuir um direito líquido e certo ou um direito evidente. A comissão incumbida da elaboração do Novo Código de Processo Civil entendeu que nessas

hipóteses em que uma parte ostenta direito evidente, não se revelaria justo, ao ângulo do princípio da isonomia, postergar a satisfação daquele que se apresenta no processo como melhor direito, calcado em prova inequívoca, favorecendo a parte que, ao menos *prima facie*, não tem razão¹³².

De acordo com o acima exposto, a intenção dos Projetos do Novo Código de Processo Civil é oportunizar à parte que demonstrar que possui direito líquido e certo a concessão, de imediato, do direito pleiteado. Nessa toada, dispõe o artigo 278 do Projeto de Lei 8.046/2010 que:

Art. 278. A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando:
I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;
II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;
III - a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou
IV - a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.
Parágrafo único. Independente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

Assim sendo, não haverá a necessidade de comprovar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação como ocorre para o deferimento da tutela

¹³² FUX, Luiz. **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro**, Direito em Expectativa, reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil. Op., cit. p. 18.

antecipada, nem a demonstração do perigo da demora nos casos em que se identificar o caráter protelatório no processo ou o abuso do direito de defesa, com a interposição da medida; caso os pedidos ou parte deles se mostre indiscutível; ou, quando houver prova documental do direito onde o réu não consiga desconstituir os fatos levantados pelo autor; quando a matéria for unicamente de direito ou houver precedente que ampare as alegações da parte que pleiteia a concessão da tutela¹³³.

Para a concessão da tutela de evidência, deverá o autor fazer prova robusta de suas alegações ou, segundo a dicção do artigo 285 do Projeto de Lei 166/2010, prova irrefutável¹³⁴. Diga-se de passagem que a expressão “irrefutável” sofre crítica por parte da doutrina, haja vista que prova irrefutável é aquela que não é possível ser afastada por outra, o que não é admitido no sistema de livre-convencimento motivado acerca da análise da prova produzida¹³⁵.

A diferença consiste no fato de que a tutela cautelar necessita da demonstração da plausibilidade do direito e, no caso da tutela antecipada, a demonstração do perigo de dano irreparável e de difícil reparação, o que não ocorre no caso da tutela da evidência. Cabe aqui, uma observação quanto à expressão “tutela de evidência”, pois a doutrina que discorre sobre o tema prefere esta denominação, pois não se protege a prova, mas sim o direito material¹³⁶.

De acordo com a inovação implantada pelos Projetos do Novo Código de Processo Civil, vale tecer comentários mais detalhados acerca da tutela da evidência, até mesmo para deixar clara a diferença entre a tutela de urgência (cautelar e satisfativa). Desse modo, a tutela da evidência se fundamenta no fato de não haver

¹³³ Disponível em: <<http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>> Acessado em 03/05/2014.

¹³⁴ Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

- I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;
- II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;
- III - a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou
- IV - a matéria for unicamente de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independente igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

¹³⁵ FUX, Luiz. **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro**, Direito em Expectativa, reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil. Op. cit. p. 81.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 80.

necessidade de a parte passar por todo o trâmite processual para ter seu direito garantido:

Na doutrina, é possível encontrar uma ampla gama de situações em que o direito do demandante se revelaria evidente para o julgador, caso em que sujeitá-lo a todas as solenidades exigidas no procedimento legalmente previsto violaria a garantia da duração razoável do processo, na ideia de um tempestivo acesso à justiça¹³⁷.

Então, o que ambos os projetos propõem com a tutela da evidência é dar proteção, de imediato, ao direito demonstrado de forma evidente pela parte. Algumas das disposições do artigo 273 do Código de Processo Civil vão ser transformadas em tutela de evidência.

A tutela de evidência será concedida quando não houver dúvida quanto aos pedidos formulados pelo autor, ou seja, o direito pleiteado é indiscutível. O inciso II do artigo 285 do Projeto de Lei nº 166/2010 assim dispõe:

Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:
(...)
II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcelas deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;
(...)

Caso um ou mais pedidos do autor restarem incontroversos, será deferida a tutela, que terá caráter definitivo. A disposição do inciso II do artigo 285 do Projeto de Lei 166/2010 é a mesma do §6º, do artigo 273¹³⁸ do atual código, que trata da tutela antecipada e, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, receberá a denominação de tutela da evidência, caso mantenha a mesma redação até a sua aprovação.

4.3 Do Poder Geral de Cautela no Projeto do Novo Código de Processo Civil

¹³⁷ FUX, Luiz. **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro**, Direito em Expectativa, reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil. Op. cit., p. 80.

¹³⁸Art. 273. 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:

(...)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Com a eliminação do Livro III do Código de Processo Civil, que não foi recepcionado pelos Projetos do Novo Código de Processo Civil, aumentaram o poder geral de cautela do juiz, podendo este adequar a medida que melhor atenda ao caso concreto. Como dito anteriormente, esse poder geral de cautela se faz presente no artigo 798 do Código de Processo Civil atual, que consiste na subjetividade do magistrado na avaliação de qual a medida mais adequada ao caso concreto.

A proposta para o Novo Código de Processo Civil é que ao invés da denominação continuar sendo “poder geral de cautela” que passe a ser “poder geral de urgência e evidência” dada a ampliação do poder do magistrado na nova sistemática processual¹³⁹. Assim dispõe o artigo 270 do Projeto de Lei 8.046/2010:

Art. 270. 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.

Parágrafo único. A medida de urgência poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

No atual Código de Processo Civil o juiz tem que levar em conta os requisitos de cada medida cautelar para a sua concessão, além daqueles requisitos gerais: perigo da demora e fumaça do bom direito, o que já não acontecerá na nova sistemática processual, se aprovada.

Consistindo o poder geral de cautela na concessão da medida de ofício pelo magistrado, o projeto do novo código de processo civil, condiciona o deferimento da tutela de urgência à comprovação dos requisitos do perigo da demora e da fumaça do bom direito¹⁴⁰, deixando de lado os requisitos específicos inerentes à cada tutela cautelar como acontece no vigente Código de Processo Civil.

O poder geral de cautela do juiz pode ser encontrado no artigo 278 do Projeto de Lei nº 166/2010, com a seguinte redação:

¹³⁹ JUNIOR, Fredie Didier; FUX, Luiz; MEDINA, José Miguel Garcia, et all. **Novas Tendências do Processo Civil, Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**, Baseado no relatório apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012. Op. cit., p. 300 e 301.

¹⁴⁰ Idem.

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.

Parágrafo único. A medida de urgência poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

De acordo com o dispositivo supracitado, o magistrado poderá determinar a medida que melhor resguarde o direito do autor, fazendo isso de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, podendo, ainda, a medida ser substituída também de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, desde que prestada caução suficiente para evitar possível lesão. Esse dispositivo encontra correspondente no artigo 270 do Projeto de Lei 8.046/2010, cuja redação permanece a mesma.

Por outro lado, o artigo 284 do Projeto de Lei 166/2010 limita esse poder geral de cautela do juiz dispondo que “Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”. Evidente que o magistrado deve atuar no processo o mínimo possível haja vista que o mesmo é imparcial devendo conduzir o processo e não ser parte nele.

4.4 Do Procedimento da Tutela de Urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil

Como já analisado, o Código de Processo Civil dispõe de um livro específico para tratar do procedimento das tutelas cautelares, se utilizando, no que couber, do procedimento de conhecimento nas situações em que este livro for omissivo.

Tanto o Projeto de Lei nº 166/2010 quanto o Projeto de Lei nº 8.046/2010 dispõe no Capítulo II, de duas seções para tratar dos procedimentos da tutela cautelar e tutela antecipada (tutelas de urgência). A Seção I trata das medidas requeridas em caráter antecedente, ou seja, que antecede ao processo principal, e a Seção II trata das medidas requeridas em caráter incidental.

O Projeto de Lei nº 166/2010 inicia o procedimento das tutelas de urgência no artigo 286, pegando por base o artigo 801 do Código de Processo Civil, estabelecendo que “A petição inicial da medida requerida em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão”. O

referido dispositivo guarda correspondência com o artigo 279 do Projeto de Lei nº 8.046/2010, sendo as redações de ambos os dispositivos idênticas.

Nesse caso, trata-se de dispositivo que regula a medida concedida em caráter antecedente que deverá indicar a lide, que é o conflito de interesses existente entre as partes, seu fundamento, ou seja, o embasamento legal da sua pretensão e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão, que é a demonstração do direito que está sofrendo perigo e a possibilidade de o mesmo existir.

A citação do requerido será feita de acordo com o artigo 287 do Projeto de Lei 166/2010, dispondo que “O requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir”, redação que se assemelha com a do artigo 802, I e parágrafo único do Código de Processo Civil.

Continua o § 1º do artigo 287 dizendo que

Do mandado de citação constará a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor.

O prazo será contado de acordo com o § 2º que estabelece a contagem do prazo da seguinte forma:

Conta-se o prazo a partir da juntada aos autos do mandado:

I - de citação devidamente cumprido;

II - de intimação do requerido de haver-se efetivado a medida, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Assim, sendo o requerido citado no prazo de 5 (cinco) dias para contestar o pedido, o mesmo deverá dizer quais provas desejará produzir, pois, se do mandado de citação o requerido não impugnar a medida liminar concedida, a mesma continuará produzindo os efeitos mesmo que proposto o pedido principal pelo autor da medida liminar. O prazo para o requerido impugnar a medida será de 5 (cinco) dias a contar da juntada do mandado de citação ou de intimação, após a efetivação da medida concedida em caráter liminar ou depois de justificação prévia. O projeto de Lei 8.046/2010 dispõe da citação do requerido, no artigo 280 com redação idêntica à do dispositivo supracitado.

Na ausência de contestação os pedidos alegados pelo autor reputar-se-ão verdadeiros decidindo o juiz no prazo de cinco dias, de acordo com o artigo 288 do Projeto de Lei 166/2010:

Art. 288. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.
§ 1º Contestada a medida no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida.
(...)

O artigo 288 *caput* do Projeto de Lei 166/2010 corresponde ao *caput* do artigo 803 do Código de Processo Civil e o § 1º do artigo 288 do referido projeto segue a redação do parágrafo único do artigo 803 do Código de Processo Civil. A diferença está no § 2º do artigo 288 do Projeto de Lei 166/2010 que diz que, se “Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia”.

Conforme abordado, caso não haja contestação dos pedidos, os fatos alegados pela parte se tornarão verdadeiros, decidindo o juiz no prazo de cinco dias, entretanto, se contestada a medida dentro do prazo estabelecido, será designada audiência de instrução e julgamento para os casos em que tiver provas a serem produzidas e, uma vez concedida a medida liminarmente sem que haja sua impugnação, a mesma será efetivada, o processo será extinto, assegurando a eficácia da medida liminar. O Projeto de Lei 8.046/2010 trata do assunto no artigo 282 cuja redação é a mesma dos artigos citados.

Dispõe o artigo 806 do Código de Processo Civil que a parte deverá propor a ação principal no prazo de trinta dias a contar da data da efetivação da medida concedida em caráter preparatório. Tendo em vista que a propositura da tutela cautelar poderá ser feita de forma preparatória ou incidental, o Código de Processo Civil condiciona a manutenção da eficácia da mesma à propositura da ação principal no prazo de trinta dias.

O Projeto de Lei n 166/2010 não recepcionou o referido artigo utilizando-o apenas como base para dar novo sentido à nova sistemática processual, elencando, no artigo 289 do projeto citado, o seguinte:

Art. 289. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de um mês ou em outro prazo que o juiz fixar.

§ 1º O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento de medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais.

§ 2º A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados.

No sistema atual, a parte que pretender propor tutela cautelar preparatória deverá, no prazo de trinta dias, propor a ação principal sob pena de cessação da eficácia da tutela cautelar concedida, nos termos do artigo 808 do Código de Processo Civil. De acordo com a nova sistemática, o processo principal só será apresentado se impugnada a medida liminar concedida, fazendo-o nos mesmos autos da medida pleiteada sem a necessidade do pagamento de novas custas.

Na hipótese de o réu, citado para impugnar a medida, não a fizer, será desnecessária a propositura da ação principal, porém, poderá qualquer das partes propor a ação a fim de discutir o direito assegurado bem como os efeitos antecipados.

De outra parte, o artigo 282 do Projeto de Lei 8.046/2010, que corresponde ao artigo 289 do Projeto de Lei 166/2010, insere mais um parágrafo determinando, no § 2º do referido artigo, que “A parte será intimada para se manifestar sobre o pedido principal, por seu advogado ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação”. Ou seja, o referido parágrafo regula a intimação do requerente no caso de impugnação da medida liminar. Os demais dispositivos mantêm idêntica redação.

Na nova sistemática processual que está para ser aprovada, caso haja a suspensão do processo, a medida pleiteada conservará sua eficácia podendo ser revogada ou modificada, salvo quando alguns dos pedidos ou todos eles se mostrarem incontroversos. Essa interpretação advém do artigo 290 do Projeto de Lei 166/2010, conforme segue:

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

§ 1º Salvo decisão judicial em contrário, a medida de urgência conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Medidas Cautelares sob a Ótica do Projeto do Novo Código de Processo Civil

§ 2º Nas hipóteses previstas no art. 289, §§ 2º e 3º, as medidas de urgência conservarão seus efeitos enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes.

Na mesma linha de raciocínio, segue o artigo 283 do projeto de lei 8.046/2010 não fazendo alteração quanto à redação do artigo acima citado. O Código de Processo Civil aborda o assunto no artigo 807 e parágrafo único.

A cessação da eficácia da medida concedida é tratada no artigo 291 do Projeto de Lei 166/2010, que assim dispõe:

Art. 291. Cessa a eficácia da medida concedida em caráter antecedente, se:
I - tendo o requerido impugnado a medida liminar, o requerente não deduzir o pedido principal no prazo legal;
II - não for efetivada dentro de um mês;
III - o juiz julgar improcedente o pedido apresentado pelo requerente ou extinguir o processo em que esse pedido tenha sido veiculado sem resolução de mérito.
Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da medida, é vedado à parte repetir o pedido, salvo sob novo fundamento.

No que se refere ao Projeto de Lei 8.046/2010, tem-se que não houve alterações substanciais quanto à cessação dos efeitos da tutela concedida, conforme artigo 284 do referido projeto:

Art. 284. Cessa a eficácia da medida concedida em caráter antecedente:
I - tendo o requerido impugnado a medida liminar, o requerente não deduzir o pedido principal no prazo do *caput* do art. 282;
II - não for efetivada dentro de um mês;
III - o juiz julgar improcedente o pedido apresentado pelo requerente ou extinguir o processo em que esse pedido tenha sido veiculado sem resolução de mérito.
§ 1º Se por qualquer motivo cessar a eficácia da medida, é vedado à parte repetir o pedido, salvo sob novo fundamento.
§ 2º 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.
§ 3º 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*.

Com relação ao prazo para que se opere a cessação dos efeitos da medida concedida, é possível verificar que, tanto o artigo 291 do Projeto de Lei 166/2010 quanto o artigo 284 do Projeto de Lei 8.046/2010 querem dizer a mesma coisa, modificando apenas algumas expressões como no caso do inciso I, do artigo 291 do Projeto de Lei 166/2010, que utiliza a terminologia “no prazo legal”; já o inciso I, do

artigo 284 do Projeto de Lei 8.046/2010 utiliza a expressão “no prazo do *caput* do art. 282”, ou seja, no prazo de trinta dias.

Outra modificação é com relação ao parágrafo único do artigo 291 do Projeto de Lei 166/2010 que, no artigo 284 do Projeto de Lei 8.046/2010, é tratado como primeiro parágrafo, bem como insere mais dois parágrafos dizendo, no § 2º, que a decisão que conceder a tutela não fará coisa julgada, mas persistirão os efeitos da tutela se não revogada por decisão judicial em ação proposta por qualquer das partes e, no § 3º, que poderá a parte requerer que sejam desarquivados os autos da medida concedida para instruir o pedido de cessação da eficácia da mesma.

Os referidos dispositivos estão em consonância com o artigo 808 do Código de Processo Civil, por certo que com alterações substanciais, se utilizando de dispositivos do referido código naquilo que forem compatíveis.

A medida poderá ser indeferida, porém, o artigo 292 do Projeto de Lei 166/2010 diz que “O indeferimento da medida não obsta a que a parte deduza o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for a declaração de decadência ou de prescrição.”

Assim, o fato de a medida ter sido negada não impede o direito da parte de propor o pedido principal nem influencia no mesmo, exceto quando se tratar de prescrição ou decadência. A matéria vem elencada no artigo 285 do Projeto de Lei 8.046/2010 cujo texto pega por base o que dispõe o artigo 810 do Código de Processo Civil atual.

O artigo 293 do Projeto de Lei nº 166/2010 está inserido no § 2º do artigo 284 do Projeto de Lei nº 8.046/2010 e, o parágrafo único do artigo 293 é o § 3º do artigo 284 do Projeto de Lei nº 166/2010.

Ambos os Projetos de Lei abordam, na seção II, das medidas concedidas em caráter incidental, possuindo, como diferença, apenas a denominação. No Projeto de Lei 166/2010 a seção II é denominada de “Das medidas requeridas em caráter incidental” e, no Projeto de Lei nº 8.046/2010 a seção II é denominada “Das medidas de urgência requeridas em caráter incidental.”

O artigo 294 do Projeto de Lei nº 166/2010 diz que “As medidas de que trata este Título podem ser requeridas incidentalmente no curso do processo principal, nos próprios autos, independentemente do pagamento de novas custas.” Em outras

palavras, tanto a tutela de urgência quanto a tutela da evidência podem ser requeridas no bojo da ação principal, não dependendo do pagamento de novas custas.

Nos termos do parágrafo único do artigo em comento, “Aplicam-se às medidas concedidas incidentalmente as disposições relativas às requeridas em caráter antecedente, no que couber.” Dessa forma, as disposições contidas na tutela requerida em caráter antecedente se aplicarão, subsidiariamente, à tutela requerida de forma incidental. Não há diferença do artigo 294, parágrafo único do Projeto de Lei 166/2010 para o artigo 286, parágrafo único do Projeto de Lei 8.046/2010.

O artigo 295 do Projeto de Lei nº 166/2010 dispõe que “Não se aplicam à medida requerida incidentalmente as disposições relativas à estabilização dos efeitos da medida de urgência não contestada.” Traduzindo, não se aplica à medida requerida incidentalmente as disposições que estabilizar os efeitos da medida de urgência que não tenha sido contestada. Essa parte do projeto guarda semelhança com o artigo 796 do Código de Processo Civil que fala, especificamente, da possibilidade de o procedimento cautelar ser proposto antes ou no curso do processo principal.

Por fim, o artigo 296 do Projeto de Lei 166/2010 ressalta que “Tramitarão prioritariamente os processos em que tenha sido concedida tutela da evidência ou de urgência, respeitadas outras preferências legais”. Assim, essa última parte deixa claro o objetivo não só do Novo Código de Processo Civil, mas também da nova sistemática das medidas de urgência e tutela da evidência, que é dar maior celeridade ao processo cujo direito se pretende proteger ou está ameaçado de se perder, bem como entregar o direito evidente sem ter que sofrer os longos caminhos até chegar à providência final concessiva do direito pleiteado.

5 CONCLUSÃO

A tutela cautelar tem o objetivo de assegurar um direito ou o efetivo resultado do processo principal sendo tratada pelo Código de Processo Civil de 1973 em um livro próprio, dada a importância que o instituto representa para o processo civil, bem como para a proteção dos direitos de quem se utiliza deste meio processual para a defesa de seus interesses.

Em busca da celeridade processual está sendo pensado um Novo Código de Processo Civil capaz de dar maior celeridade ao processo, de um modo geral, simplificando os procedimentos, inclusive o procedimento cautelar que deixa de contar com as cautelares nominadas. Com a supressão das cautelares nominadas, o magistrado terá mais liberdade no momento de conceder qualquer que seja a tutela de urgência, em razão de ter de observar apenas a presença dos requisitos gerais ensejadores da concessão da tutela de urgência que são o perigo da demora e a fumaça do bom direito.

A nova sistemática processual está sendo pensada para facilitar a propositura de uma demanda fundada em uma situação de urgência que comporte a utilização do instituto das tutelas de urgência, ou seja, tutela cautelar e antecipada. Isso significa que haverá a unificação das medidas o que dará maiores poderes ao juiz para decidir qual tutela melhor atende o direito da parte que busca a prestação jurisdicional.

Dessa forma, além das inovações trazidas, é importante também a atuação do magistrado, vez que a ele foram atribuídos maiores poderes para decidir sobre o direito das partes que litigam em busca de uma solução justa com razoável duração do processo. Importante frisar que o Novo Código de Processo Civil não irá suprimir o instituto da tutela cautelar, o que irá ocorrer é a supressão das tutelas nominadas.

Demais disso, além das cautelares, irá fazer parte do texto do novo diploma processual a tutela da evidência ou tutela de evidência, que vem para dispensar o desgaste das partes que litigam em busca de seus direitos. Essa nova tutela tem por objetivo a concessão do pedido, desde que fique caracterizado o abuso de direito do réu ou a sua intenção de protelar o andamento processual, quando entre os pedidos não houverem qualquer controvérsia acerca da veracidade dos mesmos, quando houver prova que não seja capaz de ser desconstituída, e quando a matéria for apenas de direito, houverem demandas no mesmo sentido, bem como quando houver súmula vinculante sobre o caso.

Diante dessas alterações que podem ser consideradas como uma evolução no sentido de haver a prestação de uma tutela jurisdicional mais ágil e efetiva ao jurisdicionado, as perguntas que ficam são: será que as alterações realizadas surtirão, no plano prático, os efeitos desejados? Será possível, mediante a reestruturação do sistema processual civil, atingir a tão sonhada celeridade processual?

Se com a elaboração de um Novo Código de Processo Civil se terá a mencionada celeridade processual, bem como as referidas modificações surtirão ou não, os efeitos desejados, somente o caso concreto irá dizer. É válida a alteração de um dispositivo legal ou de todo um sistema para atingir a consecução de determinado fim, mas, é tão importante quanto, ter uma estrutura capaz de comportar novos sistemas para que os mesmos possam se desenvolver da forma que foram pensados.

Em outras palavras, de nada vale alterar todo um sistema legal que vem há anos sendo aplicado se não se pode dar suporte para seu funcionamento. Como dito, se as referidas alterações no Código de Processo Civil vão ou não, atingir o pretendido, somente o caso concreto irá dizer.

REFERÊNCIAS

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, 27. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

FILHO, Misael Montenegro. **Projeto do Novo Código de Processo Civil**, confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC, São Paulo: Editora Atlas, 2011.

FUX, Luiz. **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro**, Direito em Expectativa, reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Direito Processual Civil Esquematizado**, São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

JÚNIOR, Humberto Theodoro, **Processo Cautelar**, 24. ed., Revista e Atualizada, Com análise das Reformas do CPC, até a Lei nº 11.441, de 04-01-2007, São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2008, p. 34.

HOUAISS, Antônio, **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, 1. ed., Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

JUNIOR, Fredie Didier; FUX, Luiz; MEDINA, José Miguel Garcia, et all. **Novas Tendências do Processo Civil, Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**, Baseado no relatório apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012. Bahia: Editora Jus Podivm, 2013.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade, **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**, 13. ed., revista, atualizada e ampliada de acordo com: Nova estrutura de Defesa da Concorrência - Lei 12.529/2011, Decreto 7.738/2012 e resolução n. 1 do Cade, Criação e instauração obrigatória dos Juizados Especiais Itinerantes pelos Estados e Distrito Federal - Lei 12.726/2012, As mais recentes Súmulas do STJ, Acréscimo de julgados atuais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**, Críticas e propostas, 1. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**, volume único, 3. ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Método, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, **Curso Avançado de Processo Civil, Processo cautelar e Procedimentos especiais**, 10. ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Estética do Direito e do Conhecimento**, São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e, **Tempo e Processo**, uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

<<http://professormedina.com/2011/06/04/tutelas-de-urgencia-no-projeto-do-novo-cpc/>> Acessado em 07/05/2014.

<<http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>> Acessado em 03/05/2014.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acessado em: 23/07/2014.

< <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>> Acessado em: 23/07/2014.

< <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acessado em: 23/07/2014.