

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

ANA LÚCIA DA SILVA CAMPOS

TUTELA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

São Paulo

2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

ANA LÚCIA DA SILVA CAMPOS

TUTELA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Olavo de Oliveira Neto.

São Paulo

2021

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Campos, Ana Lúcia da Silva
Tutela cautelar em caráter antecedente / Ana
Lúciada Silva Campos. -- São Paulo: [s.n.], 2021.
185p ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Olavo de Oliveira Neto.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

1. Tutela cautelar em caráter antecedente. 2.
Tutela provisória. 3. Urgência. I. Neto, Olavo de
Oliveira. II. Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.
III. Título.

CDD

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Nelson de Campos (*in memoriam*) e
Isolete Aparecida da Silva, pelo amor e pela oportunidade.

A todos aqueles que, presentes em minha vida, se
dispuseram a ajudar na concretização de um sonho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela força para enfrentar e vencer os obstáculos.

Aos professores pela inestimável contribuição para o meu desenvolvimento acadêmico.

Ao meu orientador, Professor Doutor Olavo de Oliveira Neto, pela oportunidade de crescimento e por todos os ensinamentos.

RESUMO

O objeto de estudo da presente dissertação é a tutela cautelar concedida em caráter antecedente. Trata-se de novidade trazida pela legislação processual civil brasileira, implantada pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015 de 16 de março de 2015). A sistemática do CPC, no que concerne às tutelas provisórias, revelou-se como fruto do desenvolvimento de severos debates entre estudiosos, para alcance da possibilidade de um procedimento mais ajustado. Em específico, para o nosso estudo, envolve a tutela cautelar em caráter antecedente, cujo foco é mantido na garantia de satisfação do direito das partes, atentando-se às diversas premissas quanto ao aspecto teórico e requisitos procedimentais. Realiza uma análise sistematizada da evolução histórica do processo cautelar e ressalta a importância da adequação, dos institutos estudados, aos postulados garantidos constitucionalmente. Permite a reflexão sobre a influência do direito estrangeiro como paradigma para a tutela de urgência na legislação brasileira. Aborda a tutela provisória de urgência a partir da evolução histórica e noções que o CPC recebeu dos projetos de lei que o antecederam. Versa sobre a classificação da tutela de urgência, a fim de criar base sólida para apresentar análise, de forma aprofundada, sobre a tutela cautelar requerida em caráter antecedente destacando e desenvolvendo quesitos de maior relevo. Trata-se de um estudo descritivo, desenvolvido a partir de uma análise histórica e bibliográfica, para qual nos servimos do método indutivo.

Palavras-chaves: Código Processual Civil de 2015. Tutela Provisória. Urgência. Tutela cautelar em caráter antecedente.

ABSTRACT

The object of study of this dissertation is the precautionary protection granted in the preceding nature. This is a novelty brought by Brazilian civil procedural legislation, implemented by the Code of Civil Procedure of 2015 (Law n. 13.105/2015 of March 16, 2015). The system of CPC, with regard to provisional protection, proved to be the result of the development of severe debates among scholars to achieve the possibility of a more adjusted procedure. In particular, for our study, it involves precautionary protection in an antecedent nature, whose focus is maintained on ensuring satisfaction of the rights of the parties, taking into reference to the various premises regarding the theoretical profile and procedural requirements. It performs a systematized analysis of the historical evolution of the precautionary process and emphasizes the importance of the adequacy of the institutes studied to the constitutionally guaranteed postulates. It allows reflection on the influence of foreign law as a paradigm for the protection of urgency in Brazilian legislation. It addresses the provisional protection of urgency from the evolution of history and the views that the CPC received from the bills that preceded it. It deals with the classification of the protection of urgency, in order to create a solid basis to present an in-depth analysis of the precautionary protection required in the antecedent nature, highlighting and developing questions of greater importance. This is a descriptive study, developed from a historical and bibliographic analysis, for which we use the inductive method.

Key-words: Civil Procedural Code 2015. Provisional Guardianship. Urgency. Precautionary protection in advance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 TUTELA CAUTELAR	11
1.1 A evolução histórica do processo cautelar e da tutela cautelar.....	11
1.2 Tutela cautelar e suas peculiaridades.....	21
1.2.1 Instrumentalidade	21
1.2.2 Referibilidade	24
1.2.3 Provisoriedade	26
1.2.4 Revogabilidade	30
1.2.5 Autonomia	32
1.3 Aspecto constitucional da tutela cautelar.....	34
2 O DIREITO ESTRANGEIRO COMO PARADIGMA PARA A TUTELA DE URGÊNCIA	40
2.1 Direito francês.....	42
2.2 Direito italiano	45
2.3 Direito português	50
2.4 A influência dos países da <i>Common Law</i>	53
3 DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA NO CPC/2015	58
3.1 A evolução da tutela provisória e o processo legislativo no CPC/2015	61
3.2 Os poderes do juiz como instrumento necessário ao exercício da jurisdição	69
3.2.1 O poder discricionário na tutela de urgência.....	69
3.2.2 O poder geral de cautela	73
3.2.2.1 Limitações ao poder geral de cautela e as tutelas provisórias de urgência.....	77
3.3 A tutela provisória de urgência sob o ângulo da cognição	82
3.3.1 Os efeitos do tempo e a tutela provisória de urgência.....	88
3.4 Classificação das tutelas provisórias de urgência	92
3.4.1 Tutela de urgência antecipada	100
3.4.1.1 Irreversibilidade dos efeitos da decisão.....	112
3.4.2 Tutela de urgência cautelar.....	116
4 TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE...	121
4.1 Natureza da tutela cautelar.....	121
4.2 Interação entre os pressupostos comuns da tutela cautelar e da tutela antecipada	124
4.3 Estrutura do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.....	138
4.3.1 Opções por eliminar procedimentos específicos e manter procedimentos gerais	138
4.3.2 Procedimento e petição inicial da tutela cautelar em caráter antecedente.....	142

4.3.3 Concessão ou não da liminar e contestação	148
4.3.4 Procedimento do pedido principal.....	154
4.3.5 Procedimento após ajuizamento do pedido principal.....	156
4.3.6 Cessação da eficácia da tutela cautelar.....	159
4.3.7 Renovação sob novo fundamento e coisa julgada.....	165
4.3.8 A efetivação da tutela cautelar em caráter antecedente.....	169
CONCLUSÃO.....	172
BIBLIOGRAFIA.....	177

INTRODUÇÃO

O grande incentivo a trabalhar com tema de tamanha relevância nasceu das expressivas novidades, introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015 de 16 de março de 2015), concernentes às tutelas provisórias de urgência, que serão abordadas, especificamente, para o tratamento atribuído à tutela cautelar em caráter antecedente.

Sem a pretensão de esgotar o tema, com raízes demasiadamente profundas, marcado pela evolução para atender ao dinamismo das relações sociais, deparar-se-á com a mais pura verdade nas palavras de Norberto Bobbio: “*Velho e novo se sucedem. Mas o velho nunca é definitivamente velho, assim como o novo nunca é definitivamente novo*”.¹

Dentre os aspectos selecionados, serão enfrentadas as principais controvérsias doutrinárias que envolvem a temática selecionada. Serão tecidas considerações significativas sobre as tutelas provisórias e a subsunção às normas processuais fundamentais, sem olvidar o modelo processual constitucional.

Somada aos desafios enfrentados pelos aplicadores do Direito e jurisdicionados, a morosidade processual mostrar-se-á como um mal que assola a todos, o que justificará uma busca incessante, pelo legislador, de medidas capazes de neutralizar os males do tempo ratificando-se a vedação à autotutela.

O trabalho será estruturado a partir de uma sequência lógica, dividido em 04 (quatro) capítulos. No primeiro capítulo serão fixadas as premissas concernentes à tutela cautelar. Dada a sua relevância, será conceituado o instituto a partir de sua evolução histórica, a fim de que seja qualificado com um instrumento apto a efetivar as pretensões legitimamente requeridas pelas partes, que não podem sofrer danos em decorrência da duração regular do processo.

Será analisado o processo cautelar até o advento do CPC, acolhendo-se as transformações que influenciaram na delimitação da medida, tutela cautelar, da forma como é manifesta na legislação vigente.

O segundo capítulo se ocupará, ainda que brevemente, da tutela de urgência e sua difusão em alguns países estrangeiros, o que servirá como paradigma para a compreensão da tutela na nossa legislação. Observar-se-á que a normatização de determinada matéria, pelo sistema legal de uma nação, desafiará sentidos diversos de acordo com aspectos culturais do

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 12.

povo a que se direciona. Verificar-se-á que ordenamentos, como o italiano e o francês, servirão como instrumentos para o desenvolvimento do instituto utilizado na legislação pátria.

Logo após, no terceiro capítulo, será realizado estudo acerca da tutela provisória de urgência no CPC, destacando-se aspectos sobre evolução e processo legislativo. Considerando que há muito o ordenamento brasileiro vem passando por alterações para alcançar a efetivação do direito material, será pormenorizado o aperfeiçoamento das denominadas tutelas provisórias.

Como consequência e resultado do exercício das tutelas provisórias, serão analisados os poderes concedidos ao juiz para determinação das medidas práticas cabíveis no âmbito da prevenção. Sem menos importância, o estudo das tutelas provisórias de urgência versará sob o ângulo da cognição a fim de ser, posteriormente, apresentada a classificação das tutelas de urgência.

O quarto capítulo encerrará, notadamente, com o detalhamento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, seguindo de sua natureza jurídica e interação entre os pressupostos comuns da tutela cautelar e da tutela antecedente, destacando-se a distinção entre os dois provimentos. Merecerá igual importância a delimitação do procedimento da tutela cautelar em caráter antecedente, com características peculiares e mais relevantes.

Inexistem dúvidas de que as tutelas cumprem a notável função de atribuir maior efetividade ao processo. As tutelas provisórias promovem, entre as partes, uma verdadeira distribuição do ônus do tempo no processo. A nosso entender, também surgiram como forma de equacionar segurança e celeridade, além do vasto alcance a que se propõem em resposta à morosidade que, inegavelmente, é um dos principais obstáculos que devem ser vencidos a fim de que a tutela jurisdicional possa ser prestada com efetividade.

Sendo assim, sem a pretensão de esgotar o tema, serão analisadas as alterações propostas pelo CPC no que diz respeito às tutelas de urgência, sob um aspecto geral até que seja atingido o foco do trabalho, tutela cautelar em caráter antecedente. Será imprescindível destacar questões relevantes que se mostrem eficientes para a devida prestação da tutela jurisdicional e solução de problemas de caráter prático.

1 TUTELA CAUTELAR

1.1 A evolução histórica do processo cautelar e da tutela cautelar

Uma das grandes barreiras enfrentadas pelo processo sempre foi o fator *tempo*, o que gerou fundada preocupação da ciência processual quanto à solução dos litígios. Infundável foi a tormenta dos órgãos jurisdicionais para que fosse atingido um meio eficaz a fim de assegurar a conservação do estado das pessoas, coisas e provas até o alcance último da prestação jurisdicional. Tal fato culminou no surgimento da expressão *processo cautelar*, para afastar o risco de uma providência inócua.²

Na praxe forense, concomitantemente, foi abordada a expressão *tutela cautelar* refletindo a força dos estudos contemporâneos, presente na tutela jurisdicional, o que será objeto de análise. A tutela cautelar carrega, em sua essência, a proteção que o Estado obrigatoriamente deve disponibilizar ao jurisdicionado considerando a vedação à autotutela. Para a doutrina clássica,³ a tutela cautelar procura dar efetividade à jurisdição e ao processo. Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni: “A ideia de que a tutela cautelar objetiva garantir a efetividade da jurisdição é, de certa forma, consequência do conceito que vê na jurisdição apenas a função de dar atuação à vontade da lei”.⁴

Para João Batista Lopes,⁵ há muito, se perpetua a preocupação de processualistas pátrios em identificar os fatores atinentes à morosidade processual, a fim de ser alcançada uma solução eficaz para a questão.

Antes de atingirmos o cerne da tutela cautelar em caráter antecedente, à luz do Código Processual Civil brasileiro vigente, é imprescindível enfatizar o estudo sob a perspectiva histórica, trazendo à tona a evolução do processo cautelar. Trata-se de uma temática árdua e complexa que deve ser extraída da dogmática do direito processual civil de acordo com o progresso das relações sociais. Antes do advento do Código Processual Civil de 2015, o processo cautelar angariava o *status* de processo autônomo, assemelhado ao processo de cognição e de execução, como resultado de estudos italianos.

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 25. ed. revista e atualizada. São Paulo: LEUD, 2010, p. 28. “Assim, o processo cautelar, embora não cuide da lide substancial (objeto do processo principal), tem o seu mérito: o provimento conservativo do elemento processual em risco de dano. Nessa ordem de ideias pode-se afirmar que há uma lide substancial e uma lide cautelar, cada qual enfrentada e solucionada no processo que lhe corresponde”.

³ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 73.

⁵ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

A tutela cautelar sempre esteve presente no nosso ordenamento jurídico. Antes mesmo da independência brasileira, já se havia feito notar nos textos das Ordenações do Reino Português, conhecidas como Ordenações Afonsinas de 1456, Manuelinas de 1521 e Filipinas de 1603.⁶

Esclarece Sérgio Seiji Shimura⁷ que o primeiro estudo jurídico noticiado sobre o processo cautelar é originário das lições do processualista alemão Adolf Wach, nos escritos sobre o instituto do arresto, regulamentado pelo diploma processual italiano de 1865, o que denota as primeiras tentativas de delimitar a sua sistematização. Após, em meados de 1963, mereceu destaque o estudo de Piero Calamandrei.

O tema despertou o interesse de grandes processualistas italianos que, embora divergentes entre si, foram responsáveis pela unidade conceitual e pela admissão da autonomia do processo cautelar. Dentre os processualistas que se destacaram pela construção dogmática do processo cautelar e que influenciaram no aperfeiçoamento da temática tutela cautelar, da forma como é manifesta no CPC, estão Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti.

Para Giuseppe Chiovenda,⁸ a providência cautelar era considerada uma ação assecuratória com o propósito de afastar um dano jurídico, independentemente de o dano ser ou não iminente, fato que ficaria a cargo de apuração posterior. Nesta esteira, o processo cautelar era provisório com o propósito de afastar o temor de um dano jurídico.

Adverte Willard de Castro Villar⁹ que Chiovenda manifestou-se de forma não exauriente, através de uma análise incompleta do problema cautelar, pois medidas diversas, aplicadas durante o trâmite processual, evitariam o dano jurídico sem integrar a categoria de

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 59, v. 1. “A primeira legislação brasileira sobre o direito processual, de acordo com a lição de Moacir Lobo da Costa, consta da Lei de 29 de novembro de 1832, o Código do Processo Criminal cuja “Disposição provisória acerca da administração da justiça civil”, um verdadeiro anexo, tem 27 artigos. Em 1850 foi editado o Regulamento n. 737, que era o que seria chamado, com nomenclatura de hoje, de “Código de Processo Comercial”, destinado basicamente a regular atuação judicial nos conflitos derivados da aplicação do Código Comercial, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850, que acabara de ser promulgado, disciplinando o seu art. 27. Para os conflitos de natureza civil, isto é, não comercial, foram mantidas em vigor as leis portuguesas, com as ações implementadas pela mencionada Disposição Provisória do Código de Processo Criminal de 1832 e pela série de leis que foram editadas desde então, tratando de temas específicos, que ensejaram a elaboração de uma verdadeira compilação das leis processuais civis, iniciada, por força do disposto no art. 29, § 14, da Lei n. 2.033, de 1871, pelo Conselheiro Antonio Joaquim Ribas. [...]”.

⁷ SHIMURA, Sérgio Seiji. *Arresto Cautelar*. São Paulo: RT, 2005, p. 53.

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, p. 280, v. I.

⁹ VILLAR, Willard de Castro. *Medidas Cautelares*. São Paulo: RT, 1971, p. 52.

medida cautelar. O receio do dano deveria associar-se ao perigo da demora na obtenção da tutela jurisdicional comum.

Por sua vez, Piero Calamandrei avançou na sistematização dos provimentos cautelares pautando pela instrumentalidade. Anota Sérgio Seiji Shimura¹⁰ que o autor, após a fixação do caráter típico das providências cautelares, passou a organizar seus requisitos trazendo à tona o fim que se pretende alcançar, através da tutela cautelar, com o propósito de afastar o *periculum in mora*.

Para Piero Calamandrei, as medidas cautelares não traziam um fim em sua essência, mas atuavam de forma preventiva com o propósito de garantir uma providência definitiva.¹¹ Tratava-se de uma relação de instrumentalidade ou subsidiariedade, à medida que toda providência cautelar se associava a uma medida definitiva:

[...] A tutela cautelar é, em comparação ao direito substancial, uma tutela mediata: Mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para aplicação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, *instrumentos do instrumento*.¹²

Muito embora o autor tenha considerado a tutela cautelar como um meio para a atuação do direito, não a colocou como um *tertium genus*, ou seja, no mesmo plano da cognição e execução. Entendeu que as providências cautelares, dentro do campo processual, deveriam encontrar amparo em um critério teleológico, ou seja, no fim a que seus efeitos se dispõem na antecipação dos efeitos da tutela principal.

Luiz Guilherme Marinoni explica que a doutrina de Calamandrei, sobre tutela cautelar, foi consolidada nas primeiras décadas do século passado em situação política peculiar:

A doutrina de Calamandrei é perfeita a Itália de quase cem anos atrás. Obviamente não cabe questioná-la como (in)correta para o Brasil dos nossos dias. Cabe, isto sim, verificar a sua oportunidade para que o direito processual brasileiro de hoje. Portanto, é preciso lembrar que Calamandrei escreveu sob a influência de uma cultura jurídico processual que rejeitava a possibilidade de execução anterior à declaração e num

¹⁰ SHIMURA, Sergio Seiji. *Arresto Cautelar*. São Paulo: RT, 2005, p. 54.

¹¹ No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 25. ed. revista e atualizada. São Paulo: LEUD, 2010, p. 37. “[...] Enquanto esta nasce para transformar-se oportunamente em definitiva, aquela nasce já prevendo ser substituída por outra medida definitiva, que importará no automático desaparecimento da medida provisória, por falta de objeto”.

¹² CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 42.

contexto político em que se tinha consciência da necessidade de tutela célere dos direitos contra o *periculum in mora*.¹³

Sobre o tema, Francesco Carnelutti, inicialmente, adotou o posicionamento de que a ação cautelar produzia a sistematização de fato durante a lide, passando a entendê-la, posteriormente, como uma composição provisória da lide. Elucidou que o processo cautelar servia à tutela do processo, valendo como um instrumento garantidor não só do processo definitivo, mas também da utilidade prática do referido processo. Afirmou que o processo cautelar assegurava o equilíbrio inicial das partes, sendo destacado como *tertium genus* de processo contencioso, ao lado do processo de cognição e do processo de execução.¹⁴

Para Humberto Theodoro Junior, Carnelutti afastou a tutela cautelar do conceito de antecipação provisória da tutela definitiva, o que é insuficiente para explicar a razão de ser ou a finalidade última da cautela. Ao apontar o processo cautelar como instrumento, para a realização da tutela jurisdicional, garantiria o exercício eficiente do monopólio da Justiça. Por fim, a tutela cautelar era vista para tornar eficazmente útil o processo, como remédio adequado, à eventual composição da lide.¹⁵

Na seara evolutiva, a concretização legislativa do CPC só foi possível sob a égide da Constituição de 1937. Na lição de Cassio Scarpinella Bueno:

É pertinente ressaltar que toda a legislação daquele período – conhecido como “Estado Novo” de Getúlio Vargas – acabou se concentrando nas mãos do presidente da República, o que justificou, de 1937 a 1945, o largo uso de um veículo normativo *sui generis*, o Decreto-lei que, de acordo com o art. 13 da Constituição de 1937, poderia ser usado pelo Presidente da República nos períodos de recesso do parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, caso o exigissem as “necessidades” do Estado.¹⁶

Não se pode olvidar que o CPC/1939, elaborado de forma rebuscada e teórica para o contexto prático, não acompanhou o grau científico que o direito processual civil havia alcançado na Europa, no mesmo período.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 73.

¹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2019, p. 46. “Carnelutti lecionava que a cautelaridade não poderia ser compreendida a partir do ângulo visual do provimento, na medida em que o “*provvedimento cautelare há uma portata chiaramente sostanziale e pertanto extraprocessuale*”, sendo inadequado, portanto, considerá-lo simplesmente um “*provvedimento incidentale nel processo cognitivo o esecutivo*”.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 25. ed. revista e atualizada. São Paulo: LEUD, 2010, p. 38-40.

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil, vol.1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 61.

Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira registram que, além de medidas de caráter cautelar, o CPC/1939 também previa as denominadas medidas acessórias, em seu título V “[...] outros tipos de medidas que, embora não cautelares, podiam ser consideradas como acessórias de outras medidas que deveriam ser propostas”.¹⁷ Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira esclarecem que:

No direito processual civil brasileiro, entre as Ordenações Manuelinas, vigentes logo após a independência, e o início da vigência do CPC de 1939, quando vivíamos a época do pluralismo legislativo, assim como na doutrina alienígena, não havia uma previsão do processo cautelar como um terceiro gênero de processo. É possível encontrar durante todos os períodos que se sucederam medidas de caráter eminentemente assecuratório, mas sempre sem uma sistematização que pudesse conduzir a conclusão de que algo mais havia do que a atividade desenvolvida para acertar a relação jurídica controvertida ou para efetivar o conteúdo de um determinado título.¹⁸

Em 1973, passou a vigorar o movimento reformador, iniciado pelo CPC/1939, com base no Anteprojeto elaborado pelo Ministro Alfredo Buzaid e revisto por uma Comissão de Juristas como José Frederico Marques, Luís Machado Guimarães e Luiz Antônio de Andrade. O CPC/1973 (Lei n. 5.869, de 11.01.73), com severas e expressivas modificações, teve vigência até o advento do atual CPC.

O revogado Código Buzaid foi significativamente influenciado pelos ensinamentos de Enrico Tullio Liebman, seguidor de Chiovenda. Para Daniel Mitidiero¹⁹ o mencionado Código reconheceu o processo cautelar como *tertium genus*, distanciando-se da lição de Calamandrei, o que não se repetiu no CPC.

A chegada de Enrico Tullio Liebman, no Brasil, contribuiu para a criação da Escola Processual Paulista que conseguiu isolar o processo cautelar das demais espécies de processo, destinando livro próprio, no CPC/1973, para o processo cautelar.²⁰

Incumbindo-se da cautelaridade na perspectiva do processo, Carnelutti buscou, inicialmente, traçar a distinção do processo cautelar a partir de seu fim específico, visando à tutela do processo e não, incisivamente, a proteção do direito material, sob o fundamento de que o processo cautelar visava a compor provisoriamente a lide até a solução definitiva.

¹⁷ NETO, Olavo de Oliveira; NETO, Elias Marques de Medeiros; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 600, v. 1.

¹⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 19.

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2019.

²⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 20.

O pensamento não deixou de ser alvo de críticas. Daniel Mitidiero²¹ entendeu como equivocada o fato de o processo cautelar posicionar-se, paralelamente, ao processo de conhecimento e ao processo de execução pelo seu suposto fim preventivo.²² Para o autor, a tutela cautelar carrega o pressuposto da ocorrência de um dano, trazendo a característica de uma tutela repressiva. A tutela preventiva não pode ser vista como uma fração provisória da proteção final definitiva. Por sua vez, o processo cautelar não tem por escopo a atribuição da tutela ao processo, mas ao próprio direito material.

Em nosso sentir, a tutela cautelar em sentido amplo, apesar de considerar as lições da doutrina italiana da primeira metade do século passado, necessitou de uma revisão pela doutrina brasileira, o que agregou construções novas através de uma visão diferenciada do processo, frente a outra realidade social.

A teoria da tutela cautelar traçada de acordo com o sistema jurídico europeu continental, como uma tradição romana-canônica, está diretamente associada ao instituto do direito processual moderno, conhecido como Processo de Conhecimento. Sergio Seiji Shimura anota que:

(...) os romanos já conheciam medidas assecuratórias capazes de contornar situações de perigo de dano. O pretor romano tinha o poder de comandar, ordenar e recorrer-se da força para fazer valer a sua autoridade. Nesse contexto, podia tomar medidas acauteladoras em favor do ofendido, assegurando os bens para futura execução ou criando meios de defesa dos interesses de uma parte, como a interdição de obras.²³

Para Ovídio A. Baptista da Silva²⁴ a tutela cautelar sempre existiu, embora a sua compreensão histórica remonte às raízes do Direito Romano. Ainda que presente em formas variadas de tutela processual não foi adequadamente compreendida pela ciência jurídica, porque não existiam os instrumentos de análise usados no direito contemporâneo.

Apenas neste século, restou frutífera a concepção de um processo jurisdicional definitivo e simultaneamente *não satisfativo* do direito acautelado. Citado autor contrapõe a tutela cautelar à tutela satisfativa, afirmando que aquilo que se mostra capaz de satisfazer ultrapassa a barreira da mera segurança.

²¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2019, p. 48.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 26. Destaca o autor que não devem ser consideradas sinônimas as expressões: *tutela de urgência* e *tutela preventiva*. Pauta pelo entendimento de que a assecuração não afasta a prática ou a continuidade de um ato ilícito, como objetiva a tutela preventiva.

²³ SHIMURA, Sergio Seiji. *Arresto Cautelar*. São Paulo: RT, 1993, p. 50.

²⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

Durante o século XX, com a sociedade mais complexa, nasceu o interesse por uma tutela não definitiva de cognição sumária protegida por um pilar assecuratório. Segundo Luiz Guilherme Marinoni “a redescoberta das tutelas sumárias anteriores à Revolução Francesa, sob as vestes da tutela cautelar, portanto, decorre da não adaptação de um sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade”.²⁵

A clássica doutrina de Ovídio A. Baptista da Silva²⁶ explica que a redescoberta do processo cautelar, seguido pelo interesse da doutrina moderna, em particular da França de onde nasceu a denominada *jurisdiction des référés*,²⁷ foi determinante para transformar esse processo em uma jurisdição paralela à comum. Sob essa ótica, o doutrinador francês Roger Perrot reforçou a necessidade de provimentos que assegurassem ou satisfizessem os efeitos da decisão, a serem alcançados ao término do processo de conhecimento ordinarizado.

Com efeito, houve um incentivo à doutrina italiana que convergiu ao estudo, para adoção de procedimentos, que disciplinasse o então processo cautelar com vistas ao emprego de tutelas adequadas a situações emergenciais. Nessa perspectiva Eduardo Lamy²⁸ registra que, para parcela da escola italiana, a tutela cautelar deveria corresponder a um terceiro gênero de tutela jurisdicional que, dentre outras funções, assumiria função assecuratória para a utilidade do provimento jurisdicional final de mérito. Tratava-se de uma tutela *liberal clássica* com o perfil assecuratório, sem a satisfação imediata.

Em meados do século XX a prática forense, sob o arcabouço do processo cautelar, procurava garantir a efetividade das pretensões da ordem judiciária sem que houvesse satisfação do direito acautelado. Era marcante a contraposição entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa.

Oportuna a colocação de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira de que medida cautelar e processo cautelar são termos com significados distintos. A medida cautelar simboliza a tutela de segurança prestada em contrapartida ao termo *processo cautelar*, que representava um dado processo no qual era almejada a obtenção da referida tutela.²⁹

Com o advento do CPC/1973, o processo cautelar representou uma das modalidades de processo e embora não figurasse como acessório, para a segurança da tutela final repressiva, para autores como Luiz Guilherme Marinoni foi delineado como instrumento para o processo

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 356.

²⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 2.

²⁷ Tradução livre: jurisdição de medidas provisórias.

²⁸ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 112.

²⁹ NETO, Olavo de Oliveira; NETO, Elias Marques de Medeiros; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 610, v. 1.

de conhecimento. Foi concebido para ser instrumento do instrumento impondo, como condição, a propositura da ação principal no prazo de 30 (trinta) dias.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero asseveram, no contexto do CPC/1973, que:

A tutela cautelar foi identificada como mero instrumento destinado a garantir a frutuosidade das sentenças do processo de conhecimento. A tutela cautelar, em outras palavras, foi pensada como instrumento do processo e não como tutela de segurança da tutela de direito ambicionada por intermédio da ação de conhecimento. Ver a tutela cautelar como instrumento não pode ser surpresa num sistema que desconsidera os resultados do processo no plano do direito material, limitando-se a enxergar os provimentos processuais destinados a fechar o ciclo da ação autônoma e abstrata.³⁰

Acrescentaram os autores que o distanciamento do processo, no que concerne ao direito material, corroborava com a burocratização da função judicial. Nesse sentido, ao juiz, no exercício de sua função, era negada a possibilidade de atuar em prol das diferenças substanciais e das particularidades do caso concreto.

Da conjuntura estabelecida, no direito processual civil brasileiro, a tutela cautelar regulada pelo CPC/1939 mostrou-se inócua em relação ao CPC/1973, o qual foi responsável pela criação do processo cautelar em livro específico conhecido como *tertium genus*.

No que tange ao entendimento de parte da Escola Italiana, a tutela cautelar ocupava posição acessória em relação ao processo principal, ainda que vista como terceiro gênero da tutela jurisdicional. A concessão da tutela cautelar submetia-se à instauração de um processo específico com o propósito de assegurar o resultado útil do processo.

Ainda sob a vigência do CPC/1973, parte dos doutrinadores inclinaram-se ao fim da autonomia cautelar sob concessão incidental, perdendo foco a propositura de um processo cautelar incidental. Em meados de 1994, o CPC/1973 recebeu a inserção do art. 273, com a generalização da tutela antecipatória, o que viabilizou a tomada de decisões de caráter satisfativo e executivo, no bojo do processo de conhecimento.

Luiz Guilherme Marinoni³¹ registrou que a modificação introduzida no CPC/1973 foi imprescindível para eliminar a falha estrutural preexistente ao diploma vigente. No CPC/1973, além de o processo cautelar figurar como uma espécie autônoma, no ordenamento jurídico, identificavam-se, em seu bojo, procedimentos cautelares diversos como o arresto, o sequestro, a busca e apreensão e o arrolamento de bens.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, p. 54-55.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed., 2. t. São Paulo: RT, 1994.

A autonomia do então processo cautelar, em face do principal, avistava-se antes ou durante a instauração do processo principal, identificando-se respectivamente como processo cautelar antecedente e processo cautelar incidental.

Nascia naquele momento, de forma tímida, corrente doutrinária defendendo a possibilidade de o pedido cautelar incidental fosse feito nos autos do processo principal, o que não prosperou. A atividade desenvolvida pelo juiz na tutela cautelar, consistente em avaliar a necessidade de garantia do resultado útil do processo principal, servia como justificava ao então processo autônomo.

Dentro desse contexto evolutivo restou sedimentada a mutação do direito, com atenuação da autonomia entre os tipos processuais, gradativamente relativizada e substituída pela ideia pragmática de sincretismo processual. Nesta perspectiva, pontua José Eduardo Carreira Alvim:

O sincretismo processual traduz uma tendência do direito processual, de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional, *simpliciter et de plano* (de forma simples e de imediato), no bojo de um mesmo processo, com o que, além de evitar a proliferação de processos, simplifica (e humaniza) a prestação jurisdicional.³²

Com as visíveis mudanças no processo cautelar, impulsionadas pelo CPC/1973, o campo de atuação do juiz foi ampliado para que o dano pudesse ser afastado e o resultado útil do processo assegurado. Com o advento do dispositivo citado, foram estancadas dúvidas quanto ao alcance do poder cautelar do juiz. Na certeza da impossibilidade de previsão de todas as situações passíveis de tutela cautelar, foi consagrado, nos artigos 798 e 799 do CPC/1973, o permissivo para que o juiz concedesse a tutela cautelar ainda quando não disciplinada pelo legislador.

Com a entrada em vigor do CPC, promulgado pela Lei n. 13.105 de 16.02.2015, foram sanadas as falhas existentes na legislação processual anterior, com a conquista da liberdade das formas da tutela de urgência apta a se manifestar, não só pelo modo antecedente, mas também pelo modo incidental, sob a denominação de tutela de urgência.

O que antes estava restrito a um setor e se comunicava através da fungibilidade, art. 273, § 3º, do CPC/1973, passou a receber tratamento uniforme, tutela cautelar e tutela antecipada, sob o título de tutela de urgência.

A forma diferenciada da tutela de urgência no CPC será objeto de análise sob a ótica do sincretismo processual. Para Leonardo Ferres da Silva Ribeiro: “*O raciocínio empregado*

³² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 40.

*pelo novo Código de Processo Civil, como já se disse, está correto: a tutela cautelar é acessória das demais, de cunho satisfativo, daí por que não faz sentido ser veiculada em processo autônomo”.*³³

Além da questão da autonomia, segundo o autor supracitado, acolhe-se o entendimento de que a cautelar não se apresenta com um fim em si mesmo. Nesse aspecto, o então processo cautelar sempre foi visto como um instrumento para garantia de outro processo, o que permitiu a analogia e utilização da expressão, há muito empregada por Calamandrei, *instrumental ao quadrado*. Em verdade, o processo cautelar trazia o propósito de preservar a efetivação da prestação da tutela jurisdicional que se buscava em outro processo, até então denominado “processo principal”.

Nessa linha específica de raciocínio, com o advento do CPC, não mais se cogita em um processo cautelar instrumental com o propósito de servir a um processo principal, como descreveu a doutrina clássica e como ocorria no CPC/1973. Para os adeptos desta corrente, a tutela cautelar tem o propósito de garantir uma tutela final que deverá ser obtida no mesmo processo, não se tratando de processo autônomo.

Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira³⁴ apontam a autonomia da tutela cautelar. Esclarecem que, sem resquícios de dúvidas, aquele que se socorre dessa modalidade busca algo diverso do que se alcançaria ao pleitear uma tutela de conhecimento ou uma tutela executiva, sendo que cada tutela tem um fim único. A tutela cautelar continua a existir como uma modalidade autônoma de tutela, com o propósito de prestar tutela de mera segurança à efetividade das demais tutelas, protegendo o próprio direito material.

A partir do exposto, em nossa opinião, a tutela cautelar deve ser examinada como uma forma autônoma da tutela jurisdicional, restando claro que essa modalidade de tutela não se apresenta com um fim em si mesmo. A autonomia refere-se, exclusivamente, a sua função específica, diversa da função da tutela de conhecimento e da tutela executiva, pois não declara direito e não satisfaz prestação inadimplida. Em suma, o CPC traz uma autonomia funcional diversa da autonomia estrutural manifesta no CPC/1973.

De toda sorte, o CPC unificou o tratamento da tutela antecipada e da tutela cautelar sob a categoria da tutela de urgência, de modo que para a concessão de qualquer das modalidades da tutela deve haver um vínculo obrigatório aos requisitos legais.

³³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 101.

³⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 159-160.

1.2 Tutela cautelar e suas peculiaridades

1.2.1 Instrumentalidade

Cândido Rangel Dinamarco,³⁵ ao apresentar traços comparativos entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, entende pelo cabimento da tutela cautelar quando o mal é causado ao processo e pela tutela antecipada quando o mal atinge o sujeito. O autor integra parcela da doutrina que compartilha da ideia de que a tutela cautelar se destina a proteger o processo, de forma a resguardar a sua eficácia final, com vistas à efetiva entrega da tutela jurisdicional após cumprimento das etapas de acerto.

Para os adeptos deste posicionamento, a tutela cautelar visa amparar o processo representando uma verdadeira medida de apoio a fim de beneficiar, futuramente, o sujeito de direitos.

Por outra banda, com base em posicionamento diverso, a tutela cautelar não tem por objeto assegurar a utilidade do processo, mas sim o próprio direito material, ou seja, a efetividade da tutela do direito ou a segurança de uma situação jurídica tutelável.³⁶

A considerar o registro das duas correntes, entendemos que ambas estão corretas pois há expressiva tendência a se complementarem. Enquanto o Estado é o poder para dizer o direito, na entrega da prestação jurisdicional, a tutela cautelar garante a efetividade da ação, do processo principal (ou, de acordo com o atual CPC, do pedido principal), da sentença definitiva atingida com observância da ampla defesa e do contraditório.

Em virtude dessa premissa, a tutela cautelar visa a salvaguardar a utilidade do pedido principal sem estar destinada à proteção imediata do direito material. Como visto no CPC/1973, o então processo cautelar nada mais era do que o instrumento para proteção do processo de conhecimento ou de execução.

Trata-se da instrumentalidade ao quadrado, anunciada por Piero Calamandrei, responsável pelo desenvolvimento e divulgação dessa ideia. A partir da característica assecuratória do procedimento cautelar e da natureza instrumental do processo, Piero Calamandrei denominou o procedimento cautelar de “*instrumento do instrumento*” ou “*instrumento ao quadrado*”, assim se expressando:

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2013, p. 68.

³⁶ DIAS, Jefferson Aparecido; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. *A tutela de urgência em ações civis públicas propostas em face da fazenda pública*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 175.

Há, portanto, nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito. A tutela cautelar é, em comparação ao direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, *instrumentos do instrumento*.³⁷

De acordo com o exposto, a instrumentalidade surge como fruto da falta de sobreposição entre tutela e direito material, servindo ao processo principal, como meio para garantir a sua efetividade. Reflete uma tutela mediata do direito material, ficando a tutela direta e imediata reservada ao processo principal. Em contrapartida à lição clássica,³⁸ Leonardo Ferres da Silva Ribeiro não pactua da ideia de que a tutela cautelar não esteja direcionada ao direito material, mas sim ao processo.³⁹ Importa esclarecer que a tutela cautelar presta-se à segurança do processo principal, de forma que o processo cautelar não está voltado à proteção imediata do direito material, mas sim a garantir a utilidade do processo principal direcionado à tutela direta e imediata do direito material pleiteado.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁴⁰ não comungam do sentido da instrumentalidade, atribuído pela doutrina clássica, de que a tutela cautelar é instrumento do instrumento, ou seja, instrumento do processo que presta a tutela jurisdicional do direito, buscando a satisfação do direito material. Entendem que:

A tutela cautelar é um instrumento vocacionado a dar segurança à tutela do direito desejada, ou que pode vir a ser ambicionada, no processo principal. Exemplificando:

³⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 42.

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2010, p. 48-49. “Não é por outra razão que CARNELUTTI reconhece que enquanto o processo principal (de cognição ou execução) serve à tutela do direito, o processo cautelar, ao contrário, serve à tutela do processo.... Sua eficácia sobre a lide – que retrata o conflito de interesses no âmbito do direito substancial – é apenas “mediata”, por meio de outro processo. A eficácia “imediata” é, no entanto, sentida sobre o “processo principal”, que, qualquer que seja sua conclusão, pode contar com a medida cautelar como um precioso instrumento de segurança e eficácia para sua atuação na composição definitiva da lide”.

³⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 129. “Feito o registro da doutrina clássica a respeito do assunto, impõe-se fazer uma nota crítica. Tirando o “academicismo” da classificação separatista entre processo cautelar, de conhecimento e de execução não nos parece inteiramente acertado afirmar, como fazem alguns, que a tutela cautelar não está focada no direito material, mas sim no processo”.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 38, v. 4.

o arresto não é instrumento do processo, mas sim instrumento destinado a garantir a frutuosidade da tutela ressarcitória pelo equivalente.⁴¹

Logo, a tutela cautelar ainda que não subordinada ao reconhecimento do direito material, objeto de discussão na ação principal, tem como escopo a sua proteção como ilustrado no exemplo da citação acima.⁴² A tutela cautelar é instrumental o que não representa dissociação do direito material, até então aludido no processo principal ou, hodiernamente no CPC, do pedido principal.

Complementam Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira que a instrumentalidade não deve representar apenas um fenômeno de natureza processual, considerando que de forma indireta presta um serviço ao direito material. Os autores ressaltam que a tutela cautelar visa à proteção da tutela definitiva, conferindo segurança ao direito material.⁴³

Como é cediço, a tutela cautelar tem por base um juízo hipotético a respeito do direito nela alegado, que é objeto do processo ou pedido principal. A medida cautelar visa a proteger um resultado provável, que roga reconhecimento definitivo.

A instrumentalidade do processo cautelar é fundada em juízo hipotético,⁴⁴ efetivamente, quando não resta dúvida de que aquele, em favor de quem a tutela cautelar foi deferida, poderá não ser o vencedor da demanda principal. Também é hipotético quando o favorecido pela medida cautelar antecedente for beneficiado pela satisfação voluntária.

Willian Santos Ferreira pontua que:

(...) a tutela cautelar destina-se a assegurar a eficácia (prática) do processo de conhecimento ou de execução, não se concedendo, portanto, o próprio bem da vida almejado, mas apenas assegurando que, uma vez reconhecido judicialmente o cabimento de tal pretensão, aí sim o bem da vida seja entregue e isso será possível porque a viabilidade do alcance do bem da vida foi protegido ou acautelada. Como já

⁴¹ Idem, p. 38.

⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 191.

⁴³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 159. “Essa instrumentalidade, entretanto, não deve ser entendida apenas como um fenômeno de natureza processual, pois mesmo que de maneira indireta ela presta um serviço ao direito material, já que a tutela cautelar tem por escopo a proteção ao resultado da tutela definitiva, conferindo a segurança que o direito material necessita até o momento no qual será declarado por tutela de conhecimento ou efetivado por tutela executiva”.

⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183. “A tutela cautelar está fundada em juízo hipotético sobre o direito afirmado e, portanto, sobre o conteúdo da futura providência jurisdicional. Não há juízo de certeza quanto a esse conteúdo, o que somente ocorrerá após a cognição plena. Verifica-se na mera probabilidade do direito afirmado a denominada instrumentalidade hipotética da tutela cautelar, que assegura a eficácia prática do provimento principal, antecipando alguns de seus efeitos concretos”.

dizia Piero Calamandrei, a medida cautelar destina-se a *dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente sua obra*.⁴⁵

Frente ao exposto, concordamos com o posicionamento de que a instrumentalidade da cautelar assegura a eficácia prática do provimento principal.⁴⁶ Entendemos que, embora descrita à luz do CPC/1973, a instrumentalidade da tutela cautelar contempla adequação oportuna ao CPC, pois atua como instrumento da tutela final não sendo posta em relação a outro processo, mas em relação à tutela final do mesmo processo. Ademais, a tutela cautelar ocorre na mesma relação processual na qual se veicula a tutela principal.

1.2.2 Referibilidade

Da instrumentalidade nasceram características diversas da tutela cautelar, das quais podem ser citadas a provisoriedade, a referibilidade e a revogabilidade.

Afastada a teoria clássica da tutela cautelar, como meio à proteção provisória de outro processo, ou seja, como instrumento do instrumento, não se pode olvidar da natureza da relação existente entre tutela cautelar e tutela satisfativa, pertencente ao plano material. Não é outra a lição de Daniel Mitidiero:

Existe um vínculo de *referibilidade* entre a *tutela do direito* e a *tutela da segurança do direito*. O direito à segurança do direito visa à outorga de *proteção conservativa* à tutela de direito. Refere-se e reporta-se sempre à proteção jurídica devida ao direito no plano do direito material. O arresto, por exemplo, visa a proteção do direito à tutela ressarcitória. Como observa, com razão, a doutrina, “na medida cautelar, se prestarmos atenção ao verbo assegurar, veremos que a referibilidade a uma situação aqui não é inafastável. Quem dá a segurança, protege alguma coisa, dá segurança a alguma coisa que deve estar especificamente individualizada. A proteção cautelar há de estar ligada a um interesse juridicamente relevante, afirmado – e a tônica reside precisamente nessa mera afirmação do direito, pretensão, ação ou exceção carentes de proteção assecurativa – por quem a postula”.⁴⁷

⁴⁵ FERREIRA, Willian dos Santos. *Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável*. In: Revista de Processo – RePro 188 – ano 35 – outubro 2010 – p. 9. São Paulo: RT, 2010.

⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 140. “Aliás, exatamente porque instrumento de outra tutela, a cautelar é provisória. Seus efeitos perduram apenas enquanto não proferido o pronunciamento destinado a eliminar a crise de direito material. Após, cessa automaticamente a eficácia da tutela cautelar, pois cumprida sua função no sistema processual. A compreensão adequada dessa característica fundamental da tutela cautelar mostra-se imprescindível para evitar equívocos, especialmente em relação a outra modalidade de tutela jurisdicional muito semelhante à ora tratada, pois destinada a acelerar o resultado do processo mediante cognição sumária”.

⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2019, p. 133.

A doutrina processual encontrou na tutela cautelar um mecanismo assecuratório, de um direito futuro, compatível com as relações jurídicas de direito material. Trata-se de movimento em prol da efetividade do processo, com vistas a se compatibilizar com a demora na solução jurisdicional definitiva.⁴⁸

A referibilidade se faz presente quando a tutela cautelar servir como meio de preservação do direito acautelado, estando à mostra a presença do direito à cautela e do direito que se acautela.⁴⁹ O vínculo da referibilidade não subordina a autonomia do direito material à segurança do direito, mas o direito à tutela cautelar pressupõe a eventual existência do direito à segurança do direito. Nesse turno torna-se relevante a associação da rapidez, essencial para a eficácia da tutela, com o tempo necessário ao alcance das garantias processuais e ao conhecimento da relação material.

De acordo com a lição de José Roberto dos Santos Bedaque: “*A necessidade da tutela cautelar está ligada a uma anormal disfunção do processo, incapaz de dar solução imediata aos problemas de direito material. Representa, na verdade, antídoto contra a demora para a entrega da tutela jurisdicional*”.⁵⁰

Para o autor citado, no exercício da função cautelar, o juiz desempenha seu papel como um artesão, organizando a matéria prima e os instrumentos de forma a alcançar o melhor resultado de seu trabalho. Atua com o forte propósito de evitar que o tempo, em excesso, possa impactar a qualidade de seu trabalho. Embora reconheça que a tutela cautelar mantém como referência a tutela principal, afirma que a função assecuratória, da cautelar, não afasta a probabilidade de o provimento cautelar antecipar efeitos da tutela final, desde que com o escopo de assegurar sua efetividade.

Para Luiz Guilherme Marinoni o caráter satisfativo da medida, ainda que provisório, afasta a referibilidade do direito acautelado.⁵¹ A tutela cautelar faz referência a uma provável

⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 118. “*Diversa, quanto à estabilidade do resultado, é a tutela sumária cautelar. Esta se destina assegurar a realização do direito, mediante medidas provisórias e instrumentais, sem aptidão para solucionar o conflito*”.

⁴⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 576, v. 2. “*A tutela cautelar é o meio de preservação de outro direito, o direito acautelado, objeto da tutela satisfativa. A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautela. Há o direito à cautela e o direito que se acautela. O direito à cautela é o direito à tutela cautelar; o direito que se acautela, ou direito acautelado, é o direito sobre o qual recai a tutela cautelar. Essa referibilidade é essencial*”.

⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 119.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed., 2. t. São Paulo: RT, 1994, p. 83. “*A referibilidade, em suma, é indicativa de cautelaridade, e esta, tendo como característica a instrumentalidade,*

tutela já requerida ou que possa vir a ser requerida. E, como a tutela cautelar tem a pretensão de apenas assegurar a tutela jurisdicional do direito, não tem o propósito de satisfazê-la ou realizá-la. Portanto, nessa linha, inexistindo referibilidade não há direito acautelado, mas sim tutela satisfativa.

A divergência, entre os dois autores, está em aceitar ou não a referibilidade em sentido oposto de satisfatividade ou como sinônimo de cautelaridade. Contudo, manifestam concordância no sentido de que a tutela cautelar mantém a referibilidade como uma de suas características.

Torna-se incontestável que a referibilidade é uma característica da tutela cautelar, ainda que não seja exclusiva desta, conforme assevera parte da doutrina. Representa um direito que se busca salvaguardar pela técnica conservativa. Kazuo Watanabe⁵² a partir do conceito de *situação cautelanda*, proposto por Ovídio Baptista da Silva, entende a referibilidade como ideia de *transitividade* existente em ações de conhecimento, consideradas satisfativas, em oposição às ações cautelares que seriam a seu ver, meramente assecuratórias.

Nessa linha, concordamos com o posicionamento de que a referibilidade é uma característica da tutela cautelar podendo ser vislumbrada na antecipação de tutela, pois ambas asseguram a eficácia do resultado ainda que mediante procedimentos distintos. Comparativamente, a referibilidade ocorre quando o provimento cautelar guarda referência a um direito que se visa assegurar e que será alvo de definição no pedido principal, ao passo que a instrumentalidade está posta em relação à tutela final, atuando como instrumento da tutela final.

1.2.3 Provisoriedade

A provisoriedade, terminologia dada ao Livro V da Parte Geral do CPC, característica das tutelas de urgência e evidência, conduz a ideia, em sentido amplo, de que estas tutelas “*estão destinadas a produzir eficácia até que sobrevenha uma decisão fundada em cognição exauriente, apta a resolver de modo definitivo a prestação levada a juízo*”.⁵³

não permite a dispensa da ação principal. A não-referibilidade, por sua vez, aponta para a satisfatividade, e destarte, para a tutela sumária antecipatória, que, por ser concedida com base em cognição sumária, exige sempre a ação principal”.

⁵² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 137-138.

⁵³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 158.

A característica deve ser compreendida pelo fato de que as tutelas mencionadas não resolvem integralmente o mérito, apenas espelham uma proteção jurisdicional provisória sem que a questão de fundo seja, definitivamente, enfrentada. Teori Albino Zavascki acrescenta que o termo provisório simboliza o indicativo de uma eficácia temporal limitada.⁵⁴

Contudo, o tema não se mostra livre de divergências doutrinárias, embora a tutela cautelar e/ou antecipada tenda a ser substituída por uma definitiva. Pelos contornos atribuídos à ideia de provisoriedade, deve ser ampliada a análise. Acerca do termo *tutela cautelar*, Daniel Mitidiero assevera que:

(...) A tutela cautelar não é temporária, não pode ser caracterizada a partir da cognição sumária nem pode ser considerada forma de tutela preventiva. E mais: como será observado seu tempo, a tutela satisfativa antecipada também não está sempre vinculada à urgência – vale dizer, vocacionada a combater o perigo na tardança do provimento jurisdicional.⁵⁵

Embora seja comum a distinção entre os conceitos de provisoriedade e instrumentalidade, de acordo com a teoria da tutela cautelar, para significativa parcela da doutrina,⁵⁶ o autor supracitado afirma que a tutela cautelar e a tutela satisfativa não devem ser diferenciadas pela estrutura de seu provimento. Devem ser vistas como tutelas definitivas com o escopo de disciplinar determinada situação fático-jurídica, afastando a temporariedade e a provisoriedade.⁵⁷

Para Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira a tutela cautelar constitui uma espécie de tutela definitiva. Pautam pela temporariedade por compreenderem que sua eficácia está limitada no tempo, ou seja, afirmam que a tutela tem duração necessária à preservação do fim a que se propõe.

⁵⁴ ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 34. “A distinção entre o que é provisório e o que é temporário, nos termos como posta por Calamandrei, é elemento de relevo para distinguir medidas antecipatórias e medidas cautelares propriamente ditas. [...] Inobstante essa advertência, o que, no momento, queremos salientar é que a espécie de tutela que aqui denominamos “provisória”, nela incluídas as medidas antecipatórias e as genuinamente cautelares, tem eficácia temporal limitada”.

⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2019, p. 53.

⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 261.

⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019, p. 53. “[...] nas duas formas de tutela jurisdicional as decisões finais estão submetidas à cláusula *rebus sic stantibus* – que marca os limites temporais de atuação e autoridade dos respectivos provimentos. Mesmo quando à tutela cautelar não se segue a tutela satisfativa e aquela perde a sua eficácia, não se pode falar em temporariedade ou em provisoriedade pela já que a não propositura de direito acautelado constitui condição resolutiva que não concretizada apaga *ex tunc* a eficácia da tutela cautelar. Do ponto de vista da estrutura do provimento, portanto, ambos são definitivos. A diferença entre tutela cautelar e a tutela satisfativa sob esse ângulo de apreciação está em que as situações fático-jurídicas submetidas à primeiras são naturalmente mais instáveis do que aquelas submetidas a segunda”.

Uma vez cumprida a função acautelatória há perda da eficácia, com tendência à extinção, à medida que a tutela satisfativa definitiva é alcançada. Definitivo é o oposto de provisório, o que faz com que a tutela seja temporária e não provisória, pois nada ocupará seu lugar com a mesma natureza. É assecuratória definitiva e inalterável daquele bem da vida, sendo pertinente ilustrar com o exemplo da satisfação do direito de crédito, que provoca a perda da eficácia da cautela de bloqueio, de valores do devedor insolvente.⁵⁸

Malgrado reconhecer que a provisoriedade, ainda em consideração aos posicionamentos diversos, é uma das principais características da tutela cautelar. De acordo com Cassio Scarpinella Bueno:

A característica, tal como anunciada, parece descrever melhor (...) a ‘tutela cautelar’ e não, propriamente, o *processo* em que ela é concedida. É a proteção jurisdicional que tende a durar para dar utilidade ao processo ao resultado do ‘processo principal’ e não, propriamente, o ‘processo cautelar’ que pode, até mesmo ser extinto antes e independentemente daquela (...).⁵⁹

Guardadas as conclusões de cada autor, a tutela cautelar não está baseada em um juízo de certeza do direito. Plausível acatar que, para sua concessão, devem ser acolhidos o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, o que denota cognição não exauriente. A provisoriedade permite que a tutela cautelar seja substituída por uma tutela definitiva.⁶⁰

Os efeitos práticos provenientes da tutela cautelar, na relação material, ainda que com o propósito de antecipar consequências fáticas a ela inerentes, não representam o efeito jurídico da tutela de cognição exauriente, efeito que não se faz presente na tutela cautelar.

A referência aos efeitos fáticos da tutela cautelar não indica negação à eficácia jurídica, pois em qualquer modalidade de tutela há efeito jurídico. Evidente que a diferença entre o

⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 577, v. 2.

⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 158, v. 4.

⁶⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi da edição italiana de 1936. Campinas: Servanda, 2000, p. 25-26: “É oportuno, no entanto, advertir que o conceito de provisoriedade (e como aquele, coincidentemente, de interinidade) é um pouco diferente, e mais restrito, que aquele de temporariedade. Temporâneo é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; provisório é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual estado de provisoriedade permanece no ínterim. Nesse sentido, aquele tempo intermediário que precede o evento esperado. Tendo presentes essas distinções de terminologia, a qualificação de provisórios dada aos procedimentos cautelares em última análise significa isto: os seus efeitos jurídicos não só têm duração temporânea (...), mas têm duração limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre o emanar do procedimento cautelar e a promulgação de um outro procedimento jurisdicional, que, na terminologia comum, vem indicado, em contraposição à denominação cautelar dada ao primeiro, com a denominação definitivo”.

resultado da tutela cautelar e aquele produzido pela tutela definitiva é marcada pela provisoriedade da primeira.

Acrescenta Araken de Assis que a tutela cautelar é provisória em duplo sentido, de modo que sua duração está vinculada ao perigo e ao seu resultado não indiscutível no plano da relação litigiosa.⁶¹ Sobre o tema, esclarece José Roberto dos Santos Bedaque que:

A provisoriedade, como critério para identificar a tutela cautelar, precisa ser bem entendida. Tal característica está ligada a própria estrutura dessa modalidade de provimento jurisdicional. Por ser instrumental, ou seja, vinculada a outro pronunciamento, não pode assumir a condição de solução definitiva para o litígio. A construção da tutela cautelar, a partir de sua estrutura, não implica, como alguns sustentam equivocadamente, renúncia à distinção entre provimentos sumários e cautelares, uma vez que ambos seriam revogáveis.⁶²

A provisoriedade da tutela cautelar é fundada em uma cognição sumária, podendo ser modificada ou revogada e, na sequência, ser substituída por uma tutela definitiva.⁶³ Oportuna a reflexão de Ovídio A. Baptista da Silva ao confrontar os termos provisório e temporário: “*O provisório é sempre preordenado a ser “trocado” pelo definitivo que goza de mesma natureza[...]. Já o temporário é definitivo, nada virá em seu lugar (de mesma natureza), mas seus efeitos são limitados no tempo, e predispostos à cessação [...]*”.⁶⁴

Por derradeiro, tomando-se a visão da parte que almeja proteção ou alcance do direito material ameaçado ou violado, a tutela cautelar tem o propósito de gerar segurança contra os efeitos provocados pelo decurso do tempo, os quais podem causar a impossibilidade total ou parcial da concretização do direito material.

A nosso entender, a tutela cautelar e a tutela antecipada são provisórias e não, propriamente, temporárias. Seus efeitos persistem até que outra tutela as substitua, de modo que a superveniência de outro provimento é o critério para sua cessação e não o tempo. O provisório tende a ser trocado pelo definitivo. Paralelamente, entendemos que temporaneidade é aquilo que não dura para sempre, independente da superveniência de outro provimento.

⁶¹ ASSIS, Araken. *Antecipação da tutela*, em *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. Obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997, p. 17.

⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 149.

⁶³ ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., ampl.e atual. São Paulo: RT, 2014, p. 1.423. “*A providência cautelar não se mostra provisória. Esta ideia assenta no errôneo entendimento da cautelar como meio de defesa da jurisdição. Na verdade, a cautelar é temporária. Temporário é o que não dura para sempre, sem que se pressuponha a ocorrência de outro evento subsequente que o substitua. Já o provisório, que também se destina a não durar para sempre, pressupõe outro evento*”.

⁶⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 86.

1.2.4 Revogabilidade

Tanto a tutela cautelar quanto a antecipada podem ser revogadas, como consequência da provisoriedade, desde que haja alteração na situação fática com o surgimento de elementos novos que indiquem o não cabimento da medida.⁶⁵ Nesta perspectiva, a tutela cautelar não tem como foco a imutabilidade, quesito reservado para a ação principal. Acrescenta Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

Especificamente com relação à tutela cautelar, fica evidente que esta não visa à imutabilidade, pois não decide a lide de forma definitiva, o que fica reservado para o pedido/ação principal. Disso decorre a afirmativa repetida à saciedade sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 de que a sentença cautelar não faz, salvo raras exceções, coisa julgada material. Tal regra não muda com o Código de Processo Civil de 2015, merecendo apenas um reparo: agora, o pedido cautelar e a principal dão-se no mesmo processo (e não em processos distintos), não havendo que se falar em “sentença cautelar”, mas sim decide o pedido cautelar é o principal. É o que se infere do artigo 310 do CPC/2015.⁶⁶

O art. 810 do CPC/1973, típica exceção à regra de que a tutela cautelar não visa à imutabilidade, previa a prescrição e decadência do direito do autor no processo cautelar, pois a sentença que reconhecesse esse diferencial estaria acobertada pela coisa julgada material. Convém acrescentar que os efeitos práticos da medida não ocorrem mediante juízo de certeza, mas de plausibilidade, o que não se presta a uma solução final do litígio.

A inexistência da coisa julgada material e a expressa disposição legal sobre possibilidade de modificação ou revogação a qualquer tempo, art. 296 do CPC, não traz a prerrogativa de rever, em qualquer situação, a tutela cautelar proferida.

É sabido que a tutela cautelar está pautada nos requisitos do *fumus boni juris* e *periculum in mora* sendo que qualquer alteração, nos requisitos mencionados, pode provocar modificação ou revogação da medida. Caso seja identificada mudança no estado de coisas ao tempo da concessão da medida, viabilizada está a modificação e revogação para adequação à situação concreta.

Contudo, a questão é controvertida. Para aqueles que pertencem à corrente que considera a revogabilidade como fruto da instabilidade da relação jurídica, responsável pela

⁶⁵ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas*. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958, p. 50. “[...] as medidas preventivas são concedidas em atenção a uma situação passageira, formadas por circunstâncias que podem modificar-se de repente, exigindo nova apreciação. [...] São decisões que repousam sobre fatos mutáveis, de modo que um novo estado de cousas constitui uma nova causa de pedido. O juiz resolve então rebus sic stantibus”.

⁶⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 123.

concessão da tutela cautelar, havendo modificação da relação jurídica haverá a possibilidade de revogação da medida concedida, o que não ocorrerá em sentido inverso. Nesse sentido estão Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira,⁶⁷ Leonardo Ferres da Silva Ribeiro,⁶⁸ Sérgio Shimura,⁶⁹ João Batista Lopes.⁷⁰

Existem também os adeptos da revogabilidade que não se respaldam no que foi decidido anteriormente. Ainda que a situação de fato tenha se mantido idêntica a do momento no qual a decisão foi prolatada, preza-se pela revogabilidade. Encontra amparo no caráter da instrumentalidade da tutela cautelar em relação à tutela definitiva. José Roberto dos Santos Bedaque acentua a sua defesa em relação ao último posicionamento:

Como a concessão da tutela cautelar pressupõe cognição superficial, pode ocorrer que a dilação probatória inerente à tutela definitiva afaste a plausibilidade do direito. Também é possível que o perigo de ineficácia do provimento final deixe de existir. Tais circunstâncias, surgidas após a concessão da medida provisória, revela o seu não cabimento e acarretam a sua revogação (CPC, art. 807, 2ª parte). Quanto à mera retratação, embora haja divergência na doutrina, não parece ocorrer o fenômeno da preclusão para o juiz. Primeiro porque a cognição realizada para a concessão de liminar em processo cautelar é sumaríssima, nada impedindo se convença o julgador da impropriedade da solução. Nesse caso, inexistente vedação legal a que se altere a sua posição, mesmo porque a providência determinada não visa a produzir efeitos definitivos no plano material. Se a finalidade da tutela cautelar é apenas garantir a

⁶⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 162. “De nossa parte aderimos ao primeiro dos entendimentos apresentados, pois entendemos que o sistema jurídico veda a alteração da decisão anteriormente prolatada sem que haja alteração da situação de fato”.

⁶⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 124-125. “A questão é controvertida, mas a nosso ver, a possibilidade de modificação ou revogação da tutela de urgência implica necessariamente o surgimento de novos elementos que revelem o não cabimento da medida, sob pena de a atividade jurisdicional tornar-se arbitrária e imprevisível. O processo não se coaduna com incertezas; uma vez deferida a tutela de urgência para aquela situação fática, salvo alguma mudança na referida situação, a tutela deferida liminarmente deve surtir efeitos até que seja substituída por outra, proferida com base em cognição mais aprofundada. Afinal, não havendo mudança no estado das coisas, nem na cognição exercida pelo juiz, por que haveria de se cogitar de revogação ou modificação da medida adrede concedida?”.

⁶⁹ SHIMURA, Sergio Seiji. *Arresto Cautelar*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. “Como decorrência da provisoriedade, surge outra característica do processo cautelar: a revogabilidade da medida. A definitividade do provimento jurisdicional é própria das ações de cognição e de execução. No processo cautelar, pela urgência, pela sumaria cognição, pelo perigo na demora, pela autonomia frente ao processo principal, a medida cautelar pode ser modificada, a qualquer momento, sendo-lhe inerente a natureza *rebus sic stantibus*. Significa que a permanência dos seus efeitos fica subordinada à continuação do estado de coisas que a ensejou. Justamente por não envolver o julgamento da lide principal é que a decisão cautelar pode ser alterada a qualquer instante (art. 807, *in fine*)”.

⁷⁰ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 129. “Tal como a tutela cautelar, a tutela antecipada é revogável. Di-lo expressamente o art. 273, § 4º, do CPC: “A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. A revogabilidade da medida está em perfeita harmonia com a sua provisoriedade e reversibilidade, e pode ocorrer sempre que se modificar a situação fática que justificou a providência”.

efetividade de outra tutela, pode o julgador verificar, no curso do processo, não haver necessidade da medida concedida liminarmente, pois inexistente esse risco.⁷¹

A modificação e a revogação não são atos livres de forma ou decisões de mero arbítrio do juiz. Se o oponente desafiar o juízo com elementos novos, ainda que essencialmente jurídicos, possível a cognição do juiz, o que resulta na revisão da decisão.

A nosso ver, a cognição ganha amplitude abrindo-se possibilidade à adequação ou revogação da medida. Circunstâncias novas, fatos e provas podem levar o juiz à revogabilidade ou adequação da medida cautelar previamente deferida.

1.2.5 Autonomia

A autonomia da tutela cautelar era sustentada, perante o CPC/1973, principalmente por Ovídio Baptista da Silva.⁷² A doutrina tradicional costumava tratar a tutela cautelar como um *tertium genus* do processo, responsável por unir, simultaneamente, as funções do processo de conhecimento e de execução.

Para José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni vigorava a característica de *accessoriedade* da tutela cautelar, à medida que prestava serventia ao processo de conhecimento e execução. Neste sentido, explicam que:

A tutela cautelar, ainda que concedida em procedimento autônomo, é acessória, na medida em que, apesar de autônomo, só existe em função de um processo principal de conhecimento ou de execução do qual é subordinado (art. 796 do CPC, 2ª parte). Em virtude disto, vale, quanto a este aspecto, o brocardo de que o acessório sempre segue o principal. Duas são consequências disto, quanto ao processo cautelar instaurado autonomamente: primeiro, é distribuído por dependência ao processo principal concomitante ou futuro, ficando apensado a este (art. 800 do CPC); segundo, a extinção do processo principal sempre implica a extinção do processo cautelar (mas não o contrário!).⁷³

No contexto evolutivo entendemos que o CPC/1973 afastou a *accessoriedade* do processo cautelar para valorizar a autonomia, tomando o cargo de espécie de processo preventivo, colocado ao lado do processo de conhecimento e de execução. Oportuna a lição de Marcelo

⁷¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 150-151.

⁷² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 94. “A ação cautelar, diz o Código, é sempre dependente do processo principal. Disso, e do sistema por ele adotado, podemos tirar duas conclusões: a) a ação cautelar, no plano procedimental, é autônoma, no sentido de conter e exigir um procedimento especial, ainda que dependente de outro processo, dito principal; b) os direitos não-litigiosos, que não necessitem de tutela satisfativa, não mereceriam proteção cautelar. Estas duas constatações terão de ser testadas nas incontáveis contingências que a realidade forense nos poderá oferecer”.

⁷³ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais (processo civil moderno)*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 74, v. 4.

Lima Guerra de que a tutela cautelar, no diploma processual citado, embora direcionada à garantia da efetividade de outra tutela jurisdicional, não pode deixar de ser considerada uma forma autônoma de tutela jurisdicional.⁷⁴

A disposição da tutela cautelar, paralelamente às tutelas jurisdicionais, como terceiro gênero, mereceu considerações no plano do direito material. Para José Roberto dos Santos Bedaque⁷⁵ o processo cautelar era o aspecto instrumental e auxiliar da tutela, abrigando a existência de dois tipos de processos, um com vistas à satisfação do direito e o outro assecuratório para garantia da efetividade do resultado. Na primeira espécie encaixavam-se os processos cognitivo e o executivo, na segunda o cautelar.

Além da compreensão da tutela em função dos efeitos provocados, tornou-se alvo de debate a questão relacionada ao grau de efetividade produzido por cada uma das tutelas. A tutela cautelar era, em verdade, uma tutela acessória da tutela cognitiva e executiva nos termos postulados por Calamandrei. A *contrario sensu*, Liebman apontava o processo cautelar como o terceiro gênero.⁷⁶

Conforme mencionado anteriormente, a autonomia da tutela cautelar continua presente no CPC. A doutrina esclarece que aquele que busca a tutela cautelar, alcança algo diverso do que seria alcançado se fosse pleiteada uma tutela de conhecimento ou executiva. Cada tipo de tutela tem a sua característica peculiar. A tutela cautelar não tem por escopo declarar direito ou obter satisfação de uma prestação, mas tem o propósito de servir como uma tutela de mera segurança à efetividade das demais tutelas, prestando proteção ao próprio direito material.⁷⁷

⁷⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Estudo sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 15. “Contudo, a autonomia da tutela cautelar não deve ser interpretada de forma equivocada, no sentido de considerar essa modalidade de tutela jurisdicional como “um fim em si mesmo”. Tal autonomia deve ser entendida tanto no sentido de que à tutela cautelar é atribuída, pela ordem jurídica, uma função específica, distinta e inconfundível, quer daquela correspondente à tutela cognitiva, quer daquela atribuída à tutela executiva, como também no sentido de que o processo cautelar é estruturado e regido por princípios peculiares [...]”.

⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 187.

⁷⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual do direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I. Para Liebman, a classificação do processo mantém como elemento decisivo o ato final do processo, o que permite que o processo cautelar seja visto como terceiro gênero.

⁷⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 159 “*Sendo permitida, por apreço à didática, a utilização de figura de linguagem, ocorre o mesmo que se dá em nossa alimentação. O garfo existe para manusear o alimento sólido, a faca para cortá-lo e a colher para manusear o alimento líquido. Todos os três utensílios, utilizados em conjunto, nos permitem uma alimentação adequada em qualquer situação. Afinal, se não existisse a colher como faríamos para ingerir uma sopa com um garfo ou com uma faca? Do mesmo modo agem as diversas tutelas. Cada qual se presta a uma finalidade, mas todas se complementam mutuamente porque buscam alcançar um mesmo objetivo: a efetividade da tutela jurisdicional*”.

Em sentido contrário, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro entende que a autonomia da tutela cautelar se tornou passado.⁷⁸ Para o autor, ainda na vigência do CPC/1973, o desenvolvimento do então processo cautelar cessava pelo deferimento ou indeferimento do pedido liminar.

A partir de tais elucidações, a nosso sentir, com o advento do CPC houve uma ruptura com a tradição adotada pela legislação brasileira, à medida que o pedido principal, na tutela cautelar requerida em caráter antecedente, não se dará em outro processo como se fazia no CPC/1973. Será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido da cautelar, em um só processo, pautado pelo sincretismo, o que não representa a perda de autonomia da cautelar.

1.3 Aspecto constitucional da tutela cautelar

A complexidade das variadas categorias de direito clama por soluções urgentes que não podem afastar a segurança jurídica. As garantias do processo, integrantes do devido processo legal, como uma das maiores conquistas da ciência processual não podem ser descartadas.

Na lição de José Roberto dos Santos Bedaque:

Daí a dificuldade com que se depara o estudioso do processo. Não aceita a demora, mas também rejeita qualquer ofensa ao modelo constitucional estabelecido para esse mecanismo de solução de controvérsias. Busca a efetividade do processo, porém não pode abrir mão da segurança jurídica representada pelo respeito às garantias a ele inerentes. Ambos são valores constitucionalmente tutelados e necessitam ser considerados pelos operadores do direito, na formulação da técnica processual, a fim de evitar que a supervalorização de um acabe em detrimento do outro.⁷⁹

O modelo constitucional processual⁸⁰ busca a efetividade, mediante o contraditório, o que exige do cientista jurídico equilíbrio para harmonizar os valores constitucionais e

⁷⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 134. “Nesse sentido, a maior prova de que a autonomia do processo cautelar ficou ultrapassada foi ditada pela praxe forense mesmo diante do Código de Processo Civil de 1973, na qual o andamento dos “processos” cautelares esgotava se, no mais das vezes, no deferimento ou não do pedido liminar. Decidido o pedido liminar, era o processo cautelar apensado ao principal no aguardo, sem outros andamentos, do deslinde do processo definitivo; ao final, nem ao menos uma sentença lhe é destinada, sendo normalmente a tutela cautelar tida como “prejudicada” ou “mantida” na sentença do próprio processo principal”.

⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 112.

⁸⁰ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 56-57. “[...] podemos afirmar que a constitucionalização do processo civil – assim entendida a forma de estudar e aplicar o processo civil tendo como ponto de partida e de chegada a Constituição – implicou revisitação aos institutos fundamentais do Direito Processual Civil, de que resultou o chamado modelo constitucional de processo civil brasileiro cujo escopo fundamental é garantir a efetividade da tutela jurisdicional. E a denominação tutela

processuais, que podem se apresentar em conflito. A intenção de alcance do processo justo que visa não apenas o resultado desejado pelo autor, mas que também propicia a ampla defesa e o contraditório em prol do réu, sempre foi esperado pelo processualista.

Nos Estados com uma democratização tardia, como Portugal, Espanha e Brasil, a constitucionalização do Direito ocorreu em período mais recente, fato que não afastou a sua força. Para Luís Roberto Barroso:

Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e na medida em que foi se consolidando na vida institucional brasileira, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.⁸¹

Em que pese a conexão entre direito e processo, Calmon de Passos⁸² asseverou que a constitucionalização do direito processual civil ocorreu em meados do século XX, fruto da evolução social e da ampliação da cláusula do devido processo legal.

O nascimento da relação entre direito processual e Constituição deu-se no constitucionalismo do pós-guerra, seguido pela evolução das Constituições Garantistas, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para Willis Santiago Guerra Filho, a emancipação do direito processual ocorreu ao final do século XIX, quando “*autores da fase tardia do pandectismo alemão*” delimitaram a independência da ciência processual.⁸³

Para Arruda Alvim⁸⁴ a adequação constitucional do processo supera a função de mero instrumento jurisdicional, no sentido técnico, evoluindo para um instrumento garantístico em prol do Estado Democrático de Direito.

Portanto, o direito à tutela jurisdicional estende-se a todos de maneira uniforme, o que não deixa de ser uma questão árdua para a ciência processual em virtude da relação entre direito processual e Constituição. Indubitável que o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado está assegurado a todos em sede constitucional.⁸⁵

jurisdicional diferenciada compreende um feixe de formas especiais de proteção jurídica fundadas, sobretudo, na sumariedade da cognição e na agilidade da prestação jurisdicional entre as quais avulta a tutela antecipada, objeto desta obra”.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 215.

⁸² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A instrumentalidade do processo e o devido processo legal*. Revista de Processo 102. São Paulo, abr.-jun/2001, p. 59.

⁸³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 13.

⁸⁴ ARRUDA ALVIM. *Processo e Constituição*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 408, p. 23-87, mar/abr, 2010.

⁸⁵ A Constituição Federal garante, de forma ampla e genérica, o acesso ao meio estatal, com vistas a possibilitar a tutela jurisdicional aos necessitados (art. 5º, XXXV da CF).

De acordo com Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, não se pode olvidar que a modalidade de tutela jurisdicional, em estudo, ostenta natureza constitucional, ou seja, tem sua origem nas garantias advindas do Princípio do Acesso à Justiça (artigo 5º, XXXV, da CF). Esclarecem que:

A redação dada ao preceito (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.”), em nosso entendimento, consagra o princípio em seu sentido lato, permitindo-se a identificação de três ideais que se convertem em princípios processuais constitucionais: a) o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; b) o princípio do direito de ação ou do acesso à Justiça em sentido estrito; e, c) o princípio da efetividade da tutela jurisdicional. É essa plêiade de três princípios constitucionais, principalmente, que molda o perfil da tutela provisória, prevista pelos art. 294 até 311, do CPC.⁸⁶

O movimento de constitucionalização do direito processual civil não se limita aos temas sobre direito processual civil, trazidos pela Constituição. Depara-se com a aplicação de diretrizes constitucionais na concretização do direito material, através da atuação do Estado-juiz no exercício de sua função jurisdicional, o que traz a certeza de que a observância do modelo constitucional processual civil é impositiva.

Cândido Rangel Dinamarco faz menção à tutela constitucional do processo como o conjunto de princípios, amparados pela Constituição Federal, diretamente relacionados ao sistema processual. Pontua que:

(...) o processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as cotações da liberdade, igualdade participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.⁸⁷

De toda sorte, o estudo da teoria geral de direito processual vincula-se à Constituição Federal e a seus princípios fundamentais. O tema foi despertado pela contribuição de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, na formulação do modelo único de processo, merecendo destaque a alusão de Cassio Scarpinella Bueno:

De forma magistral, Italo Andolina e Giuseppe Vignera ensinam que, “a partir da nova perspectiva pós-constitucional, o problema do processo não se limita apenas ao seu ‘ser’, é dizer, à sua concreta organização de acordo com as leis processuais, mas também ao seu ‘dever-ser’, ou seja, à conformidade de sua disciplina positiva com as previsões constitucionais” (II modelo costituzionale del processo civile italiano, p.11).⁸⁸

⁸⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 41.

⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 25.

⁸⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 110.

Há uma acareação entre o *ser* do processo com o *dever-ser* constitucional, conforme interpretação do próprio art. 1º do CPC. Para Andolina e Vignera o modelo único, fixado na Constituição Federal, pauta pelo entendimento de que as normas (regras e princípios) constitucionais, presentes na atividade jurisdicional, dão suporte e direcionam a conduta do hermeneuta para delinear o processo.

Há na doutrina contemporânea um diálogo entre o direito processual civil e o direito constitucional. Em linhas propedêuticas há a inserção do texto constitucional no sistema processual civil, o que justifica a imposição do modelo constitucional do direito processual civil. Contudo, os princípios, ainda que sejam normas fundantes, não podem ser tidos como absolutos, devendo ser avaliados à luz da proporcionalidade.⁸⁹

Abre-se um parêntese para a colocação de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

Com base nessa “leitura” do ordenamento constitucional-processual, tem havido uma revisitação dos princípios e institutos do processo civil. Num breve resumo e a título de exemplo, pode-se dizer, entre outros, que a ação antes estudada como um direito subjetivo, foi alçada à condição de garantia constitucional, exprimindo a necessidade de um acesso efetivo à ordem jurídica justa e não simplesmente um acesso formal ao Poder Judiciário; o princípio do contraditório ganhou maior amplitude, compondo o trinômio “informação, reação e diálogo (cooperação)”; a tutela jurisdicional passou a ser vista como sinônimo de efetiva proteção e satisfação do direito, indo muito além de um simples instrumento estatal de solução de conflitos.⁹⁰

Por sua vez, a tutela provisória, em sentido amplo, passou a ser vista como uma garantia constitucional, de forma que qualquer disposição normativa que dificulte a efetivação da referida tutela é considerada inconstitucional.

Para Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, “[...] a demora excessiva para que o Estado preste a tutela jurisdicional implica a negativa de prestação de tutela jurisdicional, situação que infringe o princípio do devido processo legal [...]”.⁹¹

Sob o manto do poder jurisdicional, a tutela cautelar traz a proteção do Estado-juiz para repelir o perigo de ineficácia do resultado, objeto de pretensão do autor. Há um compromisso com o próprio modelo constitucional do direito processual civil que, de acordo

⁸⁹ LOPES, João Batista. *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil*. Revista de Processo. vol. 116. p. 30. São Paulo: RT, jul.-ag.2004. A constitucionalização do processo representa um método de estudo que “tem como ponto de partida e de chegada a própria Constituição Federal, mas não se pode ignorar, à evidência, os princípios e regras de direito processual civil. Não se trata, pois, de esvaziar o direito processual civil, mas de estudá-lo à luz da Constituição para fazer atuar os valores da ordem jurídica”.

⁹⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 28.

⁹¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 109, v. 1.

com o art. 1º do CPC, ratifica a previsão do inciso XXXV do art. 5º da CF, mantendo-se expressa a inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional. As partes devem socorrer-se do Estado, na busca da prestação jurisdicional, dada a proibição de emprego da autotutela. Nos dizeres de Teresa Arruda Alvim Wambier:

A razão de ser das medidas cautelares liga-se ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Isto significa que, estando as partes, como regra geral, impedidas de resolver seus conflitos pela autotutela, compromete-se o Estado a apreciar as pretensões que lhe são formuladas, devendo prestar jurisdição. O direito à prestação jurisdicional há muito se entende não se confundir com o direito à obtenção de uma ‘sentença transitada em julgado’. O jurisdicionado faz jus, isto sim, à tutela jurisdicional efetiva e eficaz. Portanto, se a finalidade das medidas de natureza cautelar é garantir a possibilidade de eficácia da providência jurisdicional final, elas existem justamente para ensejar a aplicabilidade plena do princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional.⁹²

Em sede doutrinária, a tutela cautelar deve ser inserida no campo de proteção que a CF confere ao direito de ação, ou seja, o direito de acesso às garantias do devido processo legal ou devido processo constitucional.

A natureza constitucional da tutela cautelar também ganhou relevo na doutrina processual italiana, que retirou do sistema o princípio da efetividade do processo. Na Itália, conforme colocado por Proto Pisani, a Corte Constitucional, repetidas vezes, concluiu pela natureza constitucional da tutela cautelar acolhendo o pensamento de Chiovenda, no sentido de que a duração do processo não pode causar prejuízo a quem tem razão.⁹³

Como visto, a tutela cautelar não pode ser excluída do âmbito de aplicação do art. 5º, XXXV, da CF. Tanto a tutela preventiva final, com cognição exauriente, como a tutela cautelar, com caráter preventivo, representam uma garantia contra ameaça ao direito, nos termos da previsão constitucional. A falta de previsão cautelar faria com que a garantia de acesso à justiça se transformasse em mera divagação constitucional.⁹⁴

Em tese, qualquer questão que atinja a natureza constitucional da tutela provisória deve ser solucionada sob amparo das garantias da efetividade do devido processo legal, mediante contraditório equilibrado e ampla defesa.

⁹² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade*. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001, p. 1094-1095, v. 4.

⁹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83. (Andrea Proto Pisani – *apud*)

⁹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*. *Inovações do código de processo civil*. Obra coletiva organizada por José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996.

Não raras as vezes, os valores constitucionais podem mostrar-se conflitantes. Bens e valores em conflito devem ser ponderados, à fim de ser dada preferência àquele que evite prejuízo maior. O direito fundamental ao devido processo legal não abrange apenas o aspecto da efetividade da jurisdição, mas também o da segurança jurídica. Ambos têm natureza constitucional e podem mostrar-se incompatíveis.

A harmonização ou equilíbrio entre os valores conflitantes são fundamentais ao sistema. À luz da adoção de modalidades de tutela provisória é possível viabilizar o convívio entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição, enquanto não houver elementos para a outorga da tutela definitiva.

2 O DIREITO ESTRANGEIRO COMO PARADIGMA PARA A TUTELA DE URGÊNCIA

Forçosa a reflexão, sem a pretensão de esgotar o tema, sobre a tutela de urgência e sua difusão em alguns países estrangeiros. A normatização de determinada matéria, pelo sistema legal de uma nação, desmembra-se em significados diversos de acordo com as raízes culturais do povo a que se direciona.

De todo modo, consoante os valores dos cidadãos e características da sociedade subordinada ao regramento jurídico, legislam-se as normas flexibilizadas em quantidade, extensão e precisão. O aumento da precisão legal culmina na melhora e efetivação da prestação jurisdicional.

O Estado liberal clássico, com o desiderato de propiciar liberdade aos cidadãos, sofreu restrição de poderes de intervenção no âmbito jurídico privado. Na ocasião, a lei não levava em conta as posições sociais distintas, apenas pactuava, no sentido formal, para dispensar tratamento igualitário às pessoas.⁹⁵ Referida aspiração repercutiu sobre o Estado-juiz espelhado nos dizeres de Montesquieu de que o julgamento deveria representar o “*texto exato da lei*”, a fim de afastar a opinião particular do juiz.

Ganhou campo a ideologia que uniu a liberdade política à certeza do direito, ou seja, a segurança psicológica do indivíduo e a assertiva de um julgamento nos moldes descritos na lei. O processo tradicional foi delineado pelos valores que motivaram a Revolução Francesa, valores de igualdade formal, liberdade e segurança jurídica.⁹⁶

A teoria da interpretação, próxima da época da Revolução Francesa, caracterizada pelo momento no qual o juiz proferia as palavras da lei, ficou conhecida como teoria formalista ou cognitiva. Para esta teoria a interpretação moldava-se sob uma natureza cognitiva. O juiz pormenorizava o significado do texto da lei para, só então, descrevê-lo ponderando que a norma jurídica ou o conteúdo da lei estava implícito no texto legal.

A decisão jurídica era orientada pelo cunho da certeza, segurança jurídica e estabilidade, vinculada exclusivamente à lei. Esclarecem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e

⁹⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 56-58. Para Montesquieu a lei deveria ser, no mesmo momento, “*clarividente e cega*” a considerar que o tratamento igualitário é a garantia de liberdade dos indivíduos.

⁹⁶ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 461-462.

Daniel Mitidiero que a teoria formalista mantinha relação direta com a teorização de Calamandrei sobre a Corte de Cassação.⁹⁷

A teoria formalista marcou o século XX e ainda se faz presente no pensamento jurídico e no estilo de fundamentação das decisões. Contudo, é alvo de rejeição pela cultura jurídica contemporânea, pois não pode ser, integralmente, concebida quando a pretensão é individualizar a função de uma Corte com o propósito de definir o sentido da lei.

O direito liberal-clássico sinalizou a defesa da liberdade do cidadão em relação ao Estado. Outra não era a preocupação frente ao direito constitucional de origem liberal-burguesa, o que nos revela que o Estado, naquela época, assumiu posição de *inimigo público*, o que justificou seu distanciamento da esfera dos particulares.

Valores como a liberdade, igualdade e segurança jurídica manifestaram-se de forma expressiva. Eduardo Arruda Alvim⁹⁸ esclarece que referida valoração conduziu a uma divisão interna dos Códigos, no campo do processo civil, correspondendo ao regime jurídico condizente ao seu título, com o intuito de proporcionar maior segurança jurídica. Contudo, tal situação não mais prevalece na atualidade, na qual figura um sistema integrado de institutos para adequação à realidade fática, buscando medidas que visem a afastar a ocorrência do dano, como as tutelas de urgência.

A evolução das medidas cautelares, com forte tendência a amparo a situações de urgência, cresceu a nível mundial no decorrer do século XX. Antes da análise de aspectos dos ordenamentos dos países eleitos, com base em dados fornecidos por Ada Pellegrini Grinover,⁹⁹ torna-se relevante destacar que são conhecidas formas específicas de tutela antecipada que, frente à urgência, antecipam os efeitos da futura decisão de mérito.

Simultaneamente, contemplando a modalidade da tutela cautelar, foco do estudo, constata-se que o exame das medidas, análogas nas legislações estrangeiras, culmina na igualdade de elementos conceituais, respeitada a diversidade terminológica. São buscados mecanismos para a preservação do direito afirmado, sem prejuízo da antecipação de alguns de seus efeitos.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, p. 26. “Uma Corte que “declara o exato sentido da lei” está limitada a investigar para declarar a norma contida na lei. Não é por outra razão, aliás, que Calamandrei entendeu que a função de garantia da uniformidade da interpretação poderia se dar mediante a cassação das decisões destoantes do exato sentido da lei. Bem vistas as coisas, a garantia era de unidade do direito objetivo, revelado pela interpretação oficial da Cassação”.

⁹⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 461.

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional diferenciada – A antecipação e sua estabilização*. Revista de Processo. Vol. 121/2005, p. 11-37.

2.1 Direito francês

Não obstante a existência de diferenças visíveis na França, no tocante às tutelas provisórias, há incidência de situações análogas às reguladas pelo sistema brasileiro. Oportuna a colocação de José Roberto dos Santos Bedaque:

Muitos ordenamentos, como o brasileiro (CPC, art. 798), prevêm norma genérica de encerramento, para possibilitar a concessão de provimento cautelar em situações residuais, não imaginadas abstratamente e para as quais as regras específicas sejam inaplicáveis.¹⁰⁰

Como aponta Roger Perrot,¹⁰¹ na França, em meados do século XIX, não havia desenvolvimento significativo da cautelaridade. Somente após o crescimento das exigências de uma sociedade industrializada, gradativamente expandiu-se o número de medidas cautelares. Sob o manto da *jurisdiction des référés*¹⁰² com marcante interesse da doutrina e da jurisprudência pelas tutelas de urgência, houve notável aumento de processos contenciosos sem existir, em contrapartida, o sequencial crescimento do número de pessoas voltadas à prestação dos serviços judiciários.¹⁰³

Os litígios existentes no século XVIII ensejaram a convivência com uma justiça mais vagarosa, que não fazia uso de numerosas medidas provisórias, ao contrário do século XIX. Neste período, com a evolução da sociedade, nasceram espécies diversas de tutelas provisórias, denominadas *provisions*,¹⁰⁴ incompatíveis com a demora do trâmite processual.

Sem comprometer a análise das tutelas de urgência, deve ser apreciado o quesito francês das *ordonnances de référé*,¹⁰⁵ instituto que ganhou terreno na jurisprudência antes de ser reconhecido pela lei. Como é sabido, o Código de Processo Civil francês de 1º de janeiro de

¹⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40.

¹⁰¹ PERROT, Roger. *Les mesures provisoires en droit français. Les mesures provisoires en procédure civile*. Atti del Colloquio Internazionale. Milano, 12-13 ottobre 1984 (org. professor Giuseppe Tarzia). Milão: Giuffrè, 1985.

¹⁰² Tradução livre: jurisdição de medidas provisórias.

¹⁰³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 4. “[...] Pois é neste contexto que se redescobre, como fruto da prática forense mais do que com um produto doutrinário, a chamada *jurisdiction des référés*, num estágio, sob forma ‘provisória’ e, como inicialmente se afirmava, ‘sem prejuízo ao principal’, mas posteriormente avançando-se ainda mais e absorvendo uma porção considerável da jurisdição comum; legitimando-se, por meio do procedimento sumário e urgente, a adoção de medidas francamente satisfativas que não só interferem no mérito da demanda principal, realizando concretamente o direito litigioso, como, em certos casos, na verdade o superam, por serem providências judiciais e reversíveis em seus efeitos, tornando-se supérflua e inútil a futura sentença de mérito, ante o fato consumado”.

¹⁰⁴ Tradução livre: provisórias.

¹⁰⁵ Tradução livre: tutelas provisórias.

1976 disciplinou as *ordonnances sur requête*¹⁰⁶ e as *référé*,¹⁰⁷ destinadas a atender às situações de urgência.¹⁰⁸ Trata-se de uma decisão provisória como bem esclarece Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

Embora tal figura prevista em diversas passagens do *Nouveau Code de Procédure Civile*, a sua definição pode ser encontrada no art. 484, que assim dispõe: “A *ordonnance de référé* é uma decisão provisória, proferida a requerimento de uma parte, presente ou convocada a outra, nos casos em que a lei confere a um juiz que não é o da causa principal o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias.”¹⁰⁹

O art. 484 do *Code de Procédure Civile*¹¹⁰ destaca regras genéricas dos *référés*, sendo suas espécies encontradas em outros artigos e demais dispositivos legais. A previsão no direito francês consente que o juiz, sem aptidão para analisar o mérito, determine medidas ao alcance da solução do problema apresentado pelas partes. Conforme pontua Eduardo Arruda Alvim,¹¹¹ a medida não se utiliza de cognição exauriente sobre a relação jurídica, mas encontra solução no plano empírico, emanando efeitos provisórios, com a prerrogativa de qualquer das partes demandar a outra para a solução do mérito.

No sentido apresentado, provável a identificação de um processo cognitivo sumário autônomo, no qual a providência de urgência é desvinculada da confirmação na causa principal.¹¹² Às partes cabe a decisão sobre a instauração do processo principal, o que também pode não se dar. Encerrado o *référé*, a solução judicial ainda perdurará independentemente de limite temporal e da ratificação em processo principal.¹¹³

¹⁰⁶ Tradução livre: pedidos de tutela.

¹⁰⁷ Tradução livre: provisória.

¹⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40. “Duas são as modalidades dessa tutela provisória: preventiva ou antecedente ao processo (*jurisdiction de référé*, especialmente a *référé-provision*, art. 809) e incidental (art. 771)”.

¹⁰⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 182.

¹¹⁰ Tradução livre: Código de Processo Civil.

¹¹¹ ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 486.

¹¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela de urgência e efetividade do direito. Temas de direito processual – oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 96. A definição apontada pelo art. 484 do CPC francês não é pautada na clareza, devendo amparar-se em outros dispositivos espargos pelo Código, nos termos dos arts. 808 a 811, 848 a 850, 872/873.

¹¹³ THEODODO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo. São Paulo: Ed. RT, mar. 2008, p. 129-146, v. 157. “O fim principal e específico do *référé* não é a composição definitiva do conflito: é, isto sim, a estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou paralisação de um abuso. Mas tudo é feito sumariamente e sem aspiração de definitividade. O procedimento se encerra no plano da emergência, com provimento próprio independente de qualquer outro processo. Mas a sentença é desprovida de autoridade de coisa julgada. Em relação a futuro e eventual processo principal de fundo, em torno da mesma controvérsia, o procedimento do *référé* é apenas provisório (embora não temporário nem acessório)”.

O *référé* não exige, obrigatoriamente, o requisito da urgência, afastado em determinadas situações conforme o *référé-provision*¹¹⁴ previsto no art. 809, 2ª alínea.¹¹⁵ Não se demanda aqui da urgência, manifesta através do *periculum in mora*, bastando o requisito do *descabimento da contestação*, o que na realidade merece interpretação semelhante ao *fumus boni iuris*.

Certo é que o art. 809, 1ª alínea, condizente à ideia de amparar a urgência, atribui ao Presidente do *Tribunal de Grande Instance*, órgão competente para os processos civis de primeiro grau de jurisdição, o poder de decretar medidas conservativas para prevenir dano próximo e para cessar perturbação ilícita. Tal norma guarda relação direta com a tutela de urgência prevista em nosso ordenamento. Com efeito, José Carlos Barbosa Moreira acentuou:

Embora não se use na França a expressão ‘cognição sumária’, cumpre notar que mais de um texto do *Code de Procédure Civile*, ao numerar os pressupostos da *ordonnance de référé*, deixa certo que o juiz deve satisfazer-se com uma convicção formada *prima facie*, à luz de elementos que não são necessariamente completos. A fórmula utilizada pela lei é a do descabimento de ‘contestação séria’ ao pedido do requerente. Ao menos em teoria, fica aberta a possibilidade de chegar-se à conclusão diferente no julgamento da causa principal, naturalmente à vista dos resultados de instrução mais profunda.¹¹⁶

Deveras, não menos importante é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque¹¹⁷ que traz a assertiva de que a *référé-provision*¹¹⁸ pode se tornar definitiva, no caso de as partes não manifestarem interesse no prosseguimento do feito após a satisfação do direito. A tutela de urgência compatibiliza-se não apenas com provimentos conservativos, mas também com a tutela antecipada satisfativa.

Na França a medida utilizada como instrumento de sumarização das relações jurídicas, necessitava de imediatidade e eficácia na prestação jurisdicional a fim de afastar a possibilidade

¹¹⁴ Tradução livre: pedido provisório.

¹¹⁵ No caso de a existência da obrigação não ser seriamente contestável, pode ser concedida ao credor uma provisão, ou determinada execução de uma obrigação, mesmo que se trate de uma obrigação de fazer. (“*L’ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d’une partie, l’autre présente ou appelée, dans les cas ou la loi confère à un juge qui n’est pas saisi du principal le pouvoir d’ordonner immédiatement les mesures nécessaires*”). Tradução livre: A decisão sumária é uma decisão provisória proferida a pedido de uma das partes, presente ou convocada, nos casos em que a lei confere a um juiz que não for vinculado ao principal o poder de ordenar imediatamente as medidas necessária.

¹¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela de urgência e efetividade do direito. Temas de direito processual – oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 97-98.

¹¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40.

¹¹⁸ DINI, Enrico A.; MAMMONE, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1993, p. 176. “*Requisito del c.d. référé-provision è il seuil d’evidence, che potrebbe corrispondere al nostro fumus boni iuris: la norma, infatti, non exige la constatazione dell’urgenza ma soltanto quella dell’esistenza di un diritto non seriamente contestabile com condizione per l’ottenimento dela provvisionale*”. Tradução livre: “A exigência do chamado *référé-provision* é a sua evidência, o que poderia corresponder ao nosso *fumus boni iuris*: a regra, na verdade, não exige a constatação da urgência, mas apenas a da existência de um direito não seriamente contestável como condição para a obtenção da provisória”.

de causar risco ao direito da parte. Na atualidade, o instituto evoluiu repelindo a exigência de evidência do risco de dano, à fim de tutelar os interesses de todos que busquem resposta célere do poder judiciário.

2.2 Direito italiano

O modelo italiano regulamenta as medidas conservativas, existentes na legislação processual e em leis esparsas do país, assim como os provimentos de urgência, decorrentes do poder geral de cautela, ainda que referida regulamentação não se trate de tema pacificado. O ordenamento, em estudo, admite que a previsão constitucional de acesso à justiça apresente a cautelaridade em sua essência.

Em meados do século XIX destacou-se na Itália uma ampliação do número das medidas cautelares, manifesta não pela criação de novas figuras cautelares típicas, mas pela idealização de um poder cautelar geral que não alcançou sustentação na época.

Durante a vigência do CPC italiano de 1865, marcado pela escassez na previsão de medidas cautelares, Chiovenda sugeriu o poder cautelar geral sob o argumento de que o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* destacavam-se em hipóteses que não eram denominadas medidas cautelares tipificadas.¹¹⁹ Em síntese, sobre o contexto evolutivo do direito italiano, ensina Eduardo Arruda Alvim que:

Traçando um pequeno histórico da evolução mais recente, pela qual passou o direito italiano, devemos ter presente que ilustre jurista – o professor Elio Fazzalari –, em intervenção no Colóquio Internacional sobre Medidas Provisórias, realizado em Milão, em 12 e 13 de outubro de 1984, propôs que se atribuísse maior poder ao *juiz de instrução*, ou seja, “um potere generalizzato di provvedere in via anticipatória” [“um poder generalizado de providenciar em via antecipatória”], quando estivesse em face de elementos probatórios havidos como suficientes, mas isso “com tutte le garantizie del contraddittorio, e non in modo sommario” [“com todas as garantias do contraditório, e não de modo sumário”]. Em certa escala o pensamento de Fazzalari restou acolhido pelos arts. 186-bis e 186-ter do CPC italiano. Esse pensamento provocou críticas do professor Crisanto Mandrioli, que entendeu não poder haver posição intermediária entre “la pronuncia di verisimiglianza” [a pronúncia de verossimilhança], decorrente da instrução sumária, e a sentença final “com tutte le garanzie del contraddittorio” [“com todas as garantias do contraditório”].¹²⁰

Em análise ao Código Processual Civil italiano e acatando a modificação incidente sobre o processo cautelar, Nicola Picardi¹²¹ informa que os efeitos da tutela restam confirmados a

¹¹⁹ ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza: ex art. 700 CPC*. 2. ed. Pádua: Cedam, 1985, p. 6-7. O entendimento dos Tribunais, ainda que de forma discreta, acolheu interpretação extensiva em relação à medida cautelar do sequestro.

¹²⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 465-466.

¹²¹ PICARDI, Nicola. *Codice di procedura civile*. Milão: Giuffrè, 1994, p. 1.652.

partir da eficácia de uma medida cautelar, consolidando-se com a sentença final de procedência. Em decorrência do deferimento de uma medida cautelar, baseada em decisão fundada na urgência, resulta uma decisão final consagrando a autêntica antecipação da providência.

Há muito, Chiovenda¹²² relatava a imprescindibilidade do poder geral de cautela, de modo que deveria competir ao juiz determinar, no caso concreto, o modo mais adequado para a conservação do *status quo*, com a busca do equilíbrio entre os danos temidos pelo direito e danos oriundos da medida assecuratória. Informou também a existência da figura “*geral da provisão provisória cautelar*”, a qual atribuía ao juiz a oportunidade de estabelecê-la ou não.¹²³

Os provimentos cautelares estão disciplinados no Capítulo III do Título I do Livro IV do CPC italiano. O capítulo do CPC italiano apresenta-se fracionado em cinco seções: *Dei procedimenti cautelari in generale*; *Del sequestro*¹²⁴; *Dei procedimenti di denuncia di nuova opera e di danno temuto*; *Dei procedimenti di istruzione preventiva*; *Dei provvedimenti d’urgenza*.¹²⁵

O processo cautelar após mudanças, provocadas pela Lei n. 353/1990 e pela Lei n. 80/2005, dispõe sua disciplina geral no art. 669 do CPC italiano.¹²⁶ O art. 669-*octies*, § 1º, do CPC italiano determina que uma vez deferido o pedido cautelar, deve ser fixado prazo de até 60 (sessenta) dias para que o autor proponha a ação principal, sob pena de cessação de eficácia do provimento sumário (art. 669-*novies*, § 1º). Em verdade, era o que já ocorria na legislação processual civil brasileira no art. 806 do CPC/1973 e o que ocorre no art. 308 do CPC.

É cristalina a legislação italiana ao não vincular a eficácia do provimento cautelar de natureza satisfativa ao pedido de accertamento do direito, ou seja, ao pedido de julgamento do mérito em si. Como no direito pátrio, o instituto italiano confere meios para a solução da crise de direito material, sem a imposição de julgamento do mérito.¹²⁷

¹²² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969.

¹²³ ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza: ex art. 700 CPC*. 2. ed. Pádua: Cedam, 1985. Em contrapartida, havia oposição à ideia do poder geral cautelar pela corrente, atrelada à rígida tripartição de poderes, que pautava pelo impedimento de um juiz afetar a esfera do cidadão sem previsão expressa da lei.

¹²⁴ Trata-se do sequestro subdividido em duas modalidades: o *giudiziario*, igual ao nosso sequestro, e o *conservativo* semelhante ao arresto.

¹²⁵ Tradução livre: Do procedimento cautelar em geral, do sequestro, da nunciação de obra nova e a ação de dano infecto, dos procedimentos de instrução preventiva e dos provimentos de urgência.

¹²⁶ “Art. 669- *octies* (Provvedimento di accoglimento): *L’ordinanza di accoglimento, ove la domanda sai stata proposta prima dell’inizio della causa di mérito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l’inizio del giudizio di mérito, salva l’applicazione dell’ultimo comma dell’articolo 669-novies*”. Tradução livre: Art. 669-*octies* (medida de acolhimento). A ordem de acolhimento, se a demanda tiver sido proposta antes do início da causa de mérito, deve fixar-se em um prazo peremptório não superior a sessenta dias para o início do juízo de mérito (ação principal), salvo a aplicação do último parágrafo do art. 669-*novies*.

¹²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, p. 19, v. 206. “[...] a essa decisão

O CPC italiano de 1940, em seu art. 700, regula os denominados provimentos de urgência.¹²⁸ Segundo Luiz Guilherme Marinoni,¹²⁹ a norma do dispositivo foi inspirada no art. 324 do Projeto Carnelutti, que consagrou a existência do poder geral de cautela no direito italiano.

O Código de 1865 era polêmico quanto à existência ou não do poder geral de cautela.¹³⁰ Desse modo, simultaneamente às cautelares típicas, o direito italiano disciplinou o poder geral de cautela do juiz, compreendido como poder geral de tutela de urgência, contemplado no mencionado art. 700 do Código italiano.

É de se observar que a legislação italiana acolhe os provimentos de urgência, inclusive a técnica antecipatória dos efeitos da decisão final de mérito, como espécies de provimentos cautelares. Como afirma Eduardo Lamy,¹³¹ de acordo com a previsão do art. 700 do CPC italiano, dos chamados provimentos de urgência, a tutela cautelar angariou espaço dentro do capítulo que classifica as medidas de urgência como provimentos, sem carregar a denominação de provimentos de urgência, como fez o CPC português.

O art. 700 do CPC italiano permite ao juiz a concessão de medidas atípicas de urgência, com exceção das hipóteses descritas nas seções I, II, III e IV do Capítulo IV, que tratam do *sequestro, denuncia de nuova opera e de danno temuto e da instruzione preventiva*.¹³² Nesta linha, o poder geral de cautela do juiz é subsidiário, utilizado no caso de inexistência de medida específica.

Nos dizeres de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro¹³³ há consenso na doutrina italiana de que os provimentos de urgência, regulados pelo art. 700 do CPC italiano, assumem natureza

antecipatória sumária não se ligam os efeitos da imutabilidade ou perenidade decorrente da autoridade da coisa julgada, mas apenas de efeitos, independentemente, repita-se, da instauração do processo de cognição plena de mérito”.

¹²⁸ “Art. 700. *Fuori dei casi regolati nelle ‘precedente sezioni di questo capo, chi há fondato motivo di temere che durante il tempo ocorrente per far valere il suo diritto in via ordinária, questo sai minacciato da um pregiudizio imminente e irreparabile, può chieder conricorso al giudice i provvedimenti d’urgenze che appaiano, secondo le circostanze, piú idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti dela decisione sula mérito*”. Tradução livre: Fora dos casos regulamentados na seção precedente deste capítulo, aquele que tem fundado motivo ou receio de dano, que durante o tempo para satisfação do seu direito pela via ordinária, haja a ameaça de um prejuízo iminente e irreparável, pode solicitar ao juiz, através de provimentos de urgência, que aparentam, segundo a circunstância, mais idoneidade para assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994, p. 36.

¹³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1957, v.1, p. 242. Defendeu a tese da existência de um poder cautelar no Código de 1865: “[...] esiste dunque anche nella mostra legge la figura generale del provvedimento provvisorio cautelare; è rimesso completamente al giudice di stabilirne l’opportunità e la natura”. Tradução livre: “[...] portanto, a figura geral da medida cautelar provisória também existe na previsão legal; cabendo ao juiz determinar sua adequação e natureza”.

¹³¹ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 112.

¹³² Tradução livre: sequestro, denúncia nova, receio de dano e instrução preventiva.

¹³³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 176.

cautelar e podem ter natureza conservativa ou antecipatória, fato há muito notado e consolidado.

Piero Calamandrei esclarece:

A qualificação de “cautelar” (ou *asseguradores*, que é sinônimo) é a mais apropriada para indicar esses procedimentos, porque a todos é comum o objetivo de constituir uma cautela ou seguro preventivo contra um perigo que ameaça. Mas nem todos os procedimentos cautelares são conservativos: podendo em certos casos a cautela que com eles constitui consistir não na conservação, mas na modificação do estado de fato existente. Também, sob esse aspecto a função, conservativa ou modificativa, da medida cautelar se orienta no procedimento principal, e a este se coordena. Todas as vezes em que se encontra diante de um estado de fato que, se o procedimento principal pudesse ser executado imediatamente, seria tal a tornar praticamente produtiva a sua eficácia prática, o procedimento cautelar objetiva *conservar aquele estado de fato*, na espera e com o fim de que sobre este possa o procedimento principal exercitar os seus efeitos (...); mas outras vezes, quando se atentar que o futuro procedimento principal constitua novas relações jurídicas ou também ordene medidas inovadoras do mundo externo, o procedimento cautelar, para eliminar o dano que poderia derivar do atraso com o qual o procedimento principal poderá conseguir constituir tais efeitos, deve ter como objetivo não conservar o estado de fato existente, mas operar, em via provisória e antecipada, aqueles efeitos constitutivos e inovadores, que poderiam tornar, se procrastinados, ineficazes ou sem realização (...).¹³⁴

Após a reforma do ordenamento italiano, através da Lei n. 80 de 2005, com a nova redação dada ao art. 669-*octies*, inserido no Capítulo relacionado às cautelares, os provimentos antecipatórios urgentes foram excluídos do âmbito de aplicação do dispositivo. Houve determinação da perda de eficácia do provimento cautelar em caso de não ajuizamento da ação principal no prazo legal de 60 (sessenta) dias.

Uma vez deferido o requerimento cautelar com eficácia satisfativa, o que se equipara a nossa tutela antecipada, é certo que a decisão mantém a eficácia se o processo principal não for proposto tempestivamente. Alcança-se a estabilidade, tornando-se facultativa a propositura do processo principal, seja pelo requerente ou requerido.

A ratificação de que o poder geral cautelar, previsto no art. 700 do CPC italiano, abrange provimentos conservativos e satisfativos (antecipatórios), culminou no reconhecimento de que os provimentos cautelares antecipatórios, ainda em caráter provisório, passaram a ser vistos como definitivos distanciando-se da denominada instrumentalidade cautelar.

O CPC italiano não faz, inicialmente, a distinção entre a tutela antecipatória, de natureza satisfativa, da tutela cautelar, de natureza assecuratória. Há forte tendência à interpretação da

¹³⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 49-50.

palavra *assicurare*¹³⁵ como vocábulo que engloba as medidas satisfativas, nos termos do art. 700 do referido dispositivo.¹³⁶

O art. 700 do CPC italiano procura evitar a mera duração do processo, seja qual for o risco ao direito tutelado. Cabe ao juiz determinar a medida de urgência apta a assegurar, futuramente, os efeitos da futura sentença de mérito.¹³⁷ Da mesma forma que o art. 798 do CPC/1973, o art. 700 do CPC italiano abrange a tutela cautelar atípica que confere direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

A atipicidade da tutela cautelar permite a adequação dessa modalidade de provimento instrumental ao caso concreto, possibilitando a adoção de medida provisória para garantia da efetividade da solução definitiva.

Reconhecida a importância do estudo do Direito Processual Civil brasileiro, precursor na investigação da distinção das tutelas de urgência junto ao texto legal, a Comissão de reforma do CPC italiano, da qual integrava Edoardo Ricci, passou a diferenciar as tutelas antecipatória e cautelar:

A questão de saber se a tutela antecipatória integra ou não integra a mais vasta categoria da tutela cautelar é debatida no Brasil e suscita um sinal de discussão também na Itália. E não falta para o surgir do problema uma específica justificação. Quando nasce um novo instituto é quase inevitável perguntar-se se ele pode ou não ser sistematizado no âmbito de categorias já conhecidas; e o instituto novo da tutela antecipatória parece vizinho à já conhecida categoria da tutela cautelar, dada uma sua característica muito peculiar: a provisoriedade. Tudo depende dos limites mais ou menos amplos que se pretende atribuir ao conceito de tutela cautelar; as dúvidas atinentes à aptidão de a tutela cautelar encerrar em seu próprio âmbito a tutela antecipatória emergem sobretudo de um dado típico da tutela cautelar, consistente na instrumentalidade em relação à tutela de mérito. Essa instrumentalidade pode variar

¹³⁵ Tradução livre: assegurar.

¹³⁶ TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983, p. 33. “L'attenzione su una particolare categoria di provvedimenti cautelari che, comportando una pronuncia anticipata e provvisoria sul merito della lite, mirano ad accelerare la soddisfazione del diritto controverso e a predisporre quello che, di fatto può apparire a ragione il più sicuro rimedio all' durata del processo. Il carattere cautelare di questi provvedimenti volti ad attuare un'anticipazione soddisfattiva della pretesa, veniva fondato – secondo l'insegnamento di Calamandrei – sul rilievo ritenuto determinante che essi non possono in nessun caso aspirare a diventare definitivi e ciò in quanto risultano preordinari, mediante un nesso di strumentalità, all' pronuncia del provvedimento principale. La dottrina, peraltro, non ha mancato di richiamare il tempo”. Tradução livre: A doutrina, por outro lado, não tem deixado de reclamar, em tempo, a atenção sobre uma particular categoria de provimentos cautelares que comportando uma pronúncia antecipada e provisória sobre o mérito da lide, objetiva acelerar a satisfação do direito controverso e a predispor aquele que de fato pode aparentar ser o mais seguro remédio à duração do processo. O caráter cautelar destes provimentos proporciona uma antecipação satisfatória da pretensão – seguindo o ensinamento de Calamandrei – sobre o relevo determinante a que esse não pode, em nenhum caso, aspirar definitivamente e isso enquanto resultem preordenados, mediante um nexo de instrumentalidade, a pronúncia do provimento principal.

¹³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 46. “A tutela de urgência, na verdade, garante a satisfação daqueles direitos para os quais inexistente tutela sumária. Mas permanecem no âmbito das cautelares, exercendo função instrumental. Não representam nova forma de tutela definitiva, de caráter sumário, solucionando antecipadamente a controvérsia. Trata-se de regulamentação provisória da situação de direito material, no que concerne a seus efeitos, mas de caráter cautelar, ou seja, não implica solução definitiva de mérito”.

no seu aspecto positivo. Mas oferece seguramente um aspecto negativo: só pode ser instrumental em relação à tutela de mérito uma tutela que não coincida com esta.¹³⁸

De acordo com o apresentado, dúvidas surgiram se a modificação do texto do art. 700 para inserção do vocábulo *anticipare*,¹³⁹ de acordo com a pretensão do projeto de reforma do CPC italiano, representou adequação da prática forense às distinções doutrinárias. Contudo, verificou-se a manutenção da estrutura dos requisitos para a concessão das diferentes técnicas, através de procedimento específico tal como ocorre com a tutela cautelar.

Para Eduardo Lamy¹⁴⁰ a flexibilização das tutelas de urgência, junto ao CPC italiano, não pode ser realizada porque o ordenamento italiano não pretendeu diferenciá-las. E ainda que pretenda fazê-lo não estabelecerá requisitos diferenciados para institutos semelhantes, como ocorre no CPC em relação às tutelas antecedentes.

2.3 Direito português

O Código Processual Civil português de 1961, submetido às reformas perpetradas nos anos de 1995 e 1996, deu início à previsão das medidas cautelares voltadas a tutelar situações de urgência com natureza conservativa ou antecipatória. Na lição de Carlos Francisco de Oliveira Lopes do Rego, a feição antecipatória representava “*uma providência antecipatória dos efeitos da decisão de mérito*”.¹⁴¹

O autor defendia que a providência conservativa prezava pela manutenção “*da situação de fato preexistente à ação*”, afastando a intervenção de eventual ocorrência de questões prejudiciais. Em contrapartida, sustentava que a providência antecipatória procurava repelir o prejuízo decorrente da delonga na satisfação do direito ameaçado, através de uma provisória antecipação dos efeitos da decisão a ser prolatada sobre o mérito da causa.¹⁴²

Durante a vigência do CPC português de 1961 destacava-se o caráter vinculativo do processo cautelar em relação ao processo principal. O art. 399 do Código Processual Civil português de 1961 diz:

¹³⁸ RICCI, Edoardo. *A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Gênese*. Revista de Direito Processual Civil: Curitiba, 1999, p. 706, v. 6.

¹³⁹ Tradução livre: antecipar.

¹⁴⁰ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 114.

¹⁴¹ REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 275.

¹⁴² COELHO, Gláucia Mara. *Direito processual civil português*. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010, p. 328. A doutrina entendia que o “*procedimento cautelar é sempre dependente do processo principal [...]. Também se estabelece que o julgamento da matéria de fato e a decisão final que venha a ser prolatada no procedimento cautelar não determina o resultado da ação principal (art. 383)*”.

Art. 399. Quando alguém mostra fundado receio de que outrem, antes de a ação ser proposta ou na pendência dela, cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer, se ao caso não convier nenhum dos procedimentos regulados neste capítulo, as providências adequadas à situação, nomeadamente a autorização para a prática de determinados atos, a intimação para que o réu se abstenha de certa conduta, ou a entrega dos bens móveis ou imóveis, que constituem objeto da ação, a um terceiro, seu fiel depositário.

Eduardo Lamy¹⁴³ pontua que o art. 381 e seguintes do CPC português abordam temas atinentes à tutela cautelar, deixando capítulo exclusivo para o que denominam procedimentos cautelares, com a ressalva de que a tutela cautelar não é reconhecida como uma espécie de tutela jurisdicional. As providências cautelares não descritas na legislação processual são vistas como procedimento cautelar subsidiário.

Contudo, em 2013 o CPC português foi modificado pela Lei n. 41, responsável pela atual legislação processual, mediante a introdução de relevante inovação na sistemática da tutela cautelar. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro destaca:

A literalidade do art. 362, n. 1, do CPC português (nominado de “âmbito das providências cautelares não especificadas”, inserido no Capítulo I (Procedimento cautelar comum), Título IV (Dos Procedimentos Cautelares), não deixa dúvidas quanto à abrangência da cautelar, *verbis*: “Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado”.¹⁴⁴

O art. 362 e seguintes do atual CPC português mantêm a previsão da tutela cautelar, ligando-se à urgência.¹⁴⁵ O procedimento cautelar comum aplica-se às providências cautelares, conhecidas como conservativas, e às antecipatórias, entendidas como satisfativas. Para Eduardo de Avelar Lamy¹⁴⁶ não restam dúvidas de que o CPC português não promove a diferença entre as tutelas antecipatória e cautelar, ao passo que as medidas estão inseridas no mesmo capítulo voltado às providências cautelares.¹⁴⁷

¹⁴³ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 110.

¹⁴⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 179.

¹⁴⁵ “Artigo 363.º (art. 382.º CPC/1961) *Urgência do procedimento cautelar: 1 - Os procedimentos cautelares revestem sempre carácter urgente, precedendo os respetivos atos qualquer outro serviço judicial não urgente. 2 - Os procedimentos instaurados perante o tribunal competente devem ser decididos, em 1.ª instância, no prazo máximo de dois meses ou, se o requerido não tiver sido citado, de 15 dias*”.

¹⁴⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 62.

¹⁴⁷ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 28. “*De um modo geral, os procedimentos cautelares ou visam a assegurar os resultados da acção, mantendo o status quo para que ele se não altere em condições tais que não seja susceptível de reintegração, ou antecipando a realização do direito que venha, eventualmente, a ser reconhecido, dada a urgência na efectivação. Tomando em conta a sua finalidade, podem, portanto, ser classificadas em conformidade, aliás, com o que resulta do*

Por derradeiro, mostrou-se relevante a modificação da lei portuguesa quanto à inversão do contencioso, expressa no art. 369 do CPC português¹⁴⁸ o qual exime o autor da providência cautelar de interpor a ação com o propósito de discutir o mérito, caso sejam observados os requisitos legais do dispositivo. Sobre a inversão do contencioso, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro acrescenta que:

Com esta nova figura, permite a lei portuguesa, mediante requerimento da parte, transformar um procedimento cautelar – até então caracterizado por um processo urgente destinado a decretar medidas provisórias – numa decisão definitiva sobre a composição do litígio. Este novo regime veio quebrar o princípio segundo o qual os procedimentos cautelares estão sempre dependentes de uma ação principal, relativizando, por assim dizer, sua provisoriedade e, bem assim, a sumariedade da cognição, pois pode gerar um juízo de certeza.¹⁴⁹

Não mais existe a integral subordinação do procedimento cautelar ao processo principal, afastando-se interpretação em sentido contrário, salvo exceção prevista no art. 364, n. 1, do CPC português.¹⁵⁰ A especulação do dispositivo denota o caráter instrumental da cautelar. Não se tratando de caso de inversão de contencioso, obrigatoriamente, haverá a discussão do mérito com observância do prazo de 30 (trinta) dias, a fim de se afastar a caducidade da providência.

disposto no art. 381º, n.1 – em providências conservatórias ou antecipatórias. As providências conservatórias visam manter a situação de facto anterior por forma a prevenir uma alteração que se antevê como prejudicial. As providências antecipatórias, como o próprio nome sugere, visa obstar a que se verifiquem prejuízos ocasionados pela demora da decisão definitiva, constituindo uma antecipação provisória dos efeitos dessa decisão(...)”.

¹⁴⁸ “Artigo 369.º Inversão do contencioso. 1 - Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio. 2 - A dispensa prevista no número anterior pode ser requerida até ao encerramento da audiência final; tratando-se de procedimento sem contraditório prévio, pode o requerido opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada. 3 - Se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão que negue o pedido”.

¹⁴⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 181.

¹⁵⁰ “Artigo 364.º (art.º 383.º CPC 1961) Relação entre o procedimento cautelar e a ação principal. 1 - Exceto se for decretada a inversão do contencioso, o procedimento cautelar é dependência de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de ação declarativa ou executiva. 2 - Requerido antes de proposta a ação, é o procedimento apensado aos autos desta, logo que a ação seja instaurada e se a ação vier a correr noutra tribunal, para aí é remetido o apenso, ficando o juiz da ação com exclusiva competência para os termos subsequentes à remessa. 3 - Requerido no decurso da ação, deve o procedimento ser instaurado no tribunal onde esta corre e processado por apenso, a não ser que a ação esteja pendente de recurso; neste caso a apensação só se faz quando o procedimento estiver findo ou quando os autos da ação principal baixem à 1.ª instância. 4 - Nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da ação principal. 5 - Nos casos em que, nos termos de convenções internacionais em que seja parte o Estado Português, o procedimento cautelar seja dependência de uma causa que já foi ou haja de ser intentada em tribunal estrangeiro, o requerente deve fazer prova nos autos do procedimento cautelar da pendência da causa principal, através de certidão passada pelo respetivo tribunal”.

Para que ocorra a inversão do contencioso, o juiz deve estar convicto sobre fatos e fundamentos apresentados pelo autor à fim de que seja concedida a tutela cautelar. O art. 369, n. 1 do CPC português requer que a providência cautelar esteja apta a compor o litígio, definitivamente, de modo que seus efeitos jurídicos sejam semelhantes aos efeitos da decisão de mérito.

Em contrapartida, a previsão do CPC português é alvo de críticas. Para Abílio Neto:

A possibilidade de consolidar a decisão do procedimento como *definitiva composição do litígio*, se o requerido não demonstrar em acção por ele proposta, que a decisão cautelar não devia ter, afinal, essa vocação de definitividade, por um lado, não configura o ‘processo equitativo’ a que alude o n.º 4 do art. 20º da CRP, e, por outro, induzirá o requerido a alargar o mais possível o âmbito da sua defesa, por forma a esconjurar o risco da indefesa. O requerente, na base de um bem urdido *fumus boni iuris* probatório, inverte o ônus da prova e fá-lo recair sobre o requerido, com tal desrespeito da regra do n.º 1 do art. 342º do Cód. Civil, o que permeia o aventureirismo, a não ser que se entenda que a acção a propor pelo ali requerido, agora na realidade de demandante, é de apreciação negativa, competindo assim ao réu (nesta acção, mas requerente no procedimento cautelar) a prova dos factos constitutivos do direito que se arrogou, *ex vi* do disposto no n.º 1 do artigo 343º do Cód. Civil (cf., no entanto, a parte introdutória do n.º 1 do artigo 371º).¹⁵¹

O *periculum in mora* se faz presente no art. 362, n. 1, do CPC português, como elemento comum das duas espécies da tutela de urgência. Como se dá no direito brasileiro, a tutela cautelar pode assumir carácter antecedente ou incidental.

Uma vez deferida a medida cautelar, em conformidade com o art. 371 do CPC português, o demandado pode no prazo de 30 (trinta) dias promover a acção cujo objeto seja a discussão do objeto acautelado, à fim de evitar que a providência decretada se transforme em definitiva. Em verdade, a inversão do contencioso configura uma técnica de sumarização do processo.

2.4 A influência dos países da *Common Law*

A reflexão sobre as tutelas de urgência não é privilégio dos países da *Civil Law*, trata-se de fenómeno mundial fazendo *jus* à atenção nos países da *Common Law*.¹⁵² Esta modalidade

¹⁵¹ NETO, Abílio. *Novo código de processo civil anotado*. 2. ed. rev. e ampl. Lisboa: Ediforum, 2014, p. 437.

¹⁵² ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018, p. 72-73. “Em ambos os sistemas, tanto naqueles em que o “juiz decide com base na lei escrita”, quanto nos em que o juiz decide com base em precedentes, por caminhos diferentes, vem-se procurando, historicamente, respeitando a igualdade, criar previsibilidade, ideia que hoje se confunde com segurança jurídica. No common law, isto se fez, por assim dizer, naturalmente, sem grandes e significativas rupturas com o passado, ao contrário do que ocorreu na história do civil law. Na história do civil law, como se viu rapidamente e se voltará a ver neste item, houve, a nosso ver, dois momentos significativos, de cunho acentuadamente racional,

de tutela jurisdicional passou por grande evolução a partir de 1975, tanto em sede legislativa quanto em sede de *rules of courts*.¹⁵³

Em apertada síntese, diferenciando países adeptos da *Common Law* e *Civil Law*, Piyali Syam esclarece que:

A principal diferença entre os dois sistemas é que, nos países do *Common Law*, a jurisprudência — sob a forma de pareceres jurídicos publicados — é de importância primária, enquanto nos sistemas do *Civil Law*, predominam os estatutos codificados. Mas essas divisões não são tão claras quanto parecem. Na verdade, muitos países usam uma mistura de características de sistemas do *Common Law* e *Civil Law*. Entender as diferenças entre esses sistemas, primeiro requer uma compreensão de seus fundamentos históricos. (tradução nossa).¹⁵⁴

O tradicionalismo da *common law* também acolhe procedimentos provisórios, assentados sob o manto da cognição sumária, com a intenção de que o decurso do tempo não prejudique a “*the utility of a judgement*”.¹⁵⁵

Os procedimentos provisórios, conhecidos como *provisional remedies*,¹⁵⁶ representam meios sumários de tutela jurisdicional descritos como formas atípicas e flexíveis pela *statutory law*.¹⁵⁷ Ensina Daniel Mitidiero¹⁵⁸ que, na Inglaterra, as *Civil Procedure Rules*¹⁵⁹ agregam

em que se conceberam caminhos para que pudesse haver mais controle sobre a previsibilidade, evitando-se arbitrariedade e insegurança”.

¹⁵³ Tradução livre: regras dos Tribunais.

¹⁵⁴ SYAM, Piyali. *What is the difference between common law and civil law?* In Washington University in Sta Louis. School of Law. January 28, 2014. Acesso em <https://onlinelaw.wustl.edu/blog/common-law-vs-civil-law> aos 13.05.2021. Texto original: “*The main difference between the two systems is that in common law countries, case law — in the form of published judicial opinions — is of primary importance, whereas in civil law systems, codified statutes predominate. But these divisions are not as clear-cut as they might seem. In fact, many countries use a mix of features from common and civil law systems. Understanding the differences between these systems first requires an understanding of their historical underpinnings*”.

¹⁵⁵ ZUCKERMAN, Adrian. *Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure*. In: ZUCKERMAN, Adrian (coord.). *Civil justice in crisis – Comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 6. Tradução livre: utilidade do julgamento.

¹⁵⁶ “*Lawsuits frequently take a long time, and the passage of time can itself be an injustice. A judgment in an action concerning whether the defendant has the right to cut down certain trees, for instance, will be of little value if, while the suit is pending, the trees have already been cut down. For this reason, legal systems generally provide so-called provisional remedies that enable the plaintiff to obtain some guarantees that any judgment obtained against the defendant will not be in vain. Provisional remedies involve a conflict between speed—to prevent harm pending suit—and accuracy—an improperly granted provisional remedy will harm the defendant*”. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/provisional-remedy>. Tradução livre: Os processos frequentemente demoram muito e a passagem do tempo pode ser uma injustiça. O julgamento em uma ação sobre se o réu tem o direito de derrubar certas árvores, por exemplo, terá pouco valor se, durante o andamento do processo, as árvores já tiverem sido cortadas. Por esta razão, os sistemas jurídicos geralmente fornecem as chamadas medidas cautelares que permitem ao autor obter algumas garantias de que qualquer decisão obtida contra o réu não será em vão. As medidas provisórias envolvem um conflito entre a velocidade - para evitar danos durante o processo - e a precisão - uma medida provisória concedida indevidamente prejudicará o réu.

¹⁵⁷ Tradução livre: lei estatutária.

¹⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2019, p. 91.

¹⁵⁹ Tradução livre: Regras do Processo Civil.

simultaneamente os chamados *interim remedies*,¹⁶⁰ nos quais se inserem a *interim injunction*¹⁶¹ e a *freezing injunction*.¹⁶² A doutrina implanta as *interim orders*¹⁶³ no campo das *case management orders*¹⁶⁴ com o propósito de outorgar proteção ao direito material enquanto durar o processo ou, ainda, de viabilizar o adequado exercício da ação em juízo.¹⁶⁵

Dentre as medidas provisórias utilizadas, ganhou relevo a *interlocutory injunction*,¹⁶⁶ modalidade de tutela cautelar equiparada ao arresto do nosso sistema, com o escopo de reservar bens do patrimônio do devedor para satisfação do débito, em caráter provisório.¹⁶⁷ Consoante Geoffrey Hazard Jr e Michele Taruffo,¹⁶⁸ como toda e qualquer *injunction*,¹⁶⁹ as *interim orders* consistem em ordens judiciais para alguém fazer ou não fazer algo.

A *interlocutory injunction*¹⁷⁰ é atribuída no início do processo, antes da *final* ou *perpetral injunction*,¹⁷¹ o que presume plena atividade cognitiva. Detentora de natureza provisória,

¹⁶⁰ Tradução livre: Remédios provisórios.

¹⁶¹ Tradução livre: Liminar provisória.

¹⁶² Tradução livre: Liminar de congelamento.

¹⁶³ Tradução: pedido provisório.

¹⁶⁴ Tradução livre: ordens de gerenciamento de casos.

¹⁶⁵ ZUCKERMAN, Adrian. *Civil procedure: principles of practice* (2003). 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2006.

¹⁶⁶ Tradução livre: liminar interlocutória.

¹⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 58. “[...] Como exemplo, pode ser apontada a ampliação da mais importante das medidas provisórias, a *interlocutory injunction*, a introdução da denominada *Mareva injunction* (modalidade de *interlocutory injunction*, que se assemelha ao resto do direito brasileiro, pois determinada destinada a preservar bens no patrimônio do devedor, para assegurar a satisfação do crédito), a tutela urgente de bens imateriais e a expansão dos *interim payments*”.

¹⁶⁸ HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American civil procedure – An introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

¹⁶⁹ Tradução livre: Liminar

¹⁷⁰ ANDREWS, Neil. *Principles of civil procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 1994, p. 222-223. “The court has a statutory power to grant injunctions. This includes the power to issue *interlocutory injunctions*, that is, preliminary orders given before trial. Such interim relief is an important aspect of ‘accelerated justice’. Elsewhere the author has examined particular species of *interlocutory injunction*: *Mareva injunctions*, which freeze the defendant’s assets; *Anton Piller orders* which prevent the defendant from disposing the vital evidence; *Byer vs. Winter orders* which enable the plaintiff to seize the defendant’s passport. Each of these is an emanation of the general statutory power to issue jurisdictions. It is plain that equity is remedially still very fertile. It will be unnecessary to recite all the common features of the jurisdiction to Grant *interlocutory injunctions*. In particular, the author refers the reader to the discussion elsewhere of the applicant’s implied undertaking to the court. This obliges the applicant to indemnify the respondent Against loss caused through execution of an *interlocutory injunction* made without proper cause”. Tradução livre: O tribunal tem o poder legal de conceder liminares. Isso inclui o poder de emitir liminares interlocutórias, ou seja, ordens preliminares dadas antes do julgamento. Tal alívio provisório é um aspecto importante da “justiça acelerada”. Em outros lugares, o autor analisou determinadas espécies de liminar interlocutória: liminares de *Mareva*, que congelam os bens do réu; Ordens de *Anton Piller* que impedem o réu de descartar as provas vitais; *Byer vs. Winter*. Ordens de inverno que permitem ao autor apreender o passaporte do réu. Cada uma delas é uma emanção do poder estatutário geral para emitir jurisdições. É claro que a equidade é consideravelmente ainda muito fértil. Será desnecessário recitar todas as características comuns da jurisdição para conceder liminares interlocutórias. Em particular, o autor refere o leitor à discussão caso seja implícito o compromisso implícito do aplicador ao tribunal. Isso obriga o requerente a indenizar o respondente contra a perda causada pela execução de injunção interlocutória feita sem causa própria.

¹⁷¹ Tradução livre: injunção final.

intenciona preservar determinado estado de coisas banindo possíveis danos causados pela demora do procedimento.

A *preventividade* é vista como uma das características da *injunction*, amparada na discricionariedade judicial. A sua admissibilidade provém de circunstâncias do caso concreto, isto é, do juízo de equidade, sem sustentação exclusivamente na prova dos autos. Por vezes assume a função antecipatória da *final injunction* ainda que, obrigatoriamente, não ocorra.¹⁷²

A *final injunction* não se apresenta com a intenção de resolver o conflito principal, mas como garantia da utilidade e eficácia da demanda, o que denota sua característica comum à cautelar. O *balance of convenience*,¹⁷³ por sua vez, permite ao juiz analisar o feito em contrapartida aos eventuais danos provenientes do acolhimento ou rejeição do pedido, para o alcance do equilíbrio à obtenção da medida provisória. Comparativamente, trata-se do mesmo raciocínio quando da aplicação do princípio da proporcionalidade sobre a viabilidade ou não da concessão da tutela de urgência.

Em salvaguarda à flexibilidade e adaptabilidade ao caso concreto, descabido olvidar que a *intelocutory injunction* represente verdadeiro poder geral de cautela, no direito inglês, como medida provisória típica e genérica. Reconhecendo a importância do instituto, Neil Andrews expressa que:

A medida cautelar para garantia dos interesses do *autor* se apresenta sob duas principais formas: primeiro, as ordens de indisponibilidade dos bens do réu (*freezing injunction*, anteriormente chamada ‘Mandado Mareva’); em segundo lugar, mandados de arresto de bens e preservação de provas (mandados de busca e apreensão, anteriormente chamados ‘Mandados *Anton Piller*’). Ambos costumam ser requeridos antes do julgamento e sem comunicação ao réu: ou seja, usando antiga terminologia inglesa, são concedidos *ex parte*. Uma terceira forma de medida cautelar pode ser concedida, ao contrário dos dois primeiros casos citados acima, a favor do réu. Trata-se de ordem de prestação de caução relativa às custas. Ela protege o réu contra o risco de o autor não estar disposto ou não ser capaz de pagar as custas do réu, caso o processo culmine com o ônus das custas recaindo sobre o autor.¹⁷⁴

Na Inglaterra, como ensina Leonardo Ferres da Silva Ribeiro,¹⁷⁵ são reconhecidas outras formas de atuação provisória, que clamam providências antecipatórias da tutela pretendida. A título de exemplo, apresentam-se as ordens de pagamento interinais (*interim payments*)¹⁷⁶ que

¹⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 58.

¹⁷³ Tradução livre: equilíbrio de conveniência.

¹⁷⁴ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009, p. 82.

¹⁷⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 188.

¹⁷⁶ Tradução livre: pagamentos provisórios.

permitem a disponibilização, ao autor, de parcela razoável do montante final, antes do julgamento ou, ainda, a *injunction* que corresponde a uma ordem de fazer ou não fazer.¹⁷⁷

O descumprimento a uma *injunction* impõe, à parte infratora, sanções impostas pela *contempt of court*.¹⁷⁸ Embora o instituto não seja direcionado apenas às tutelas cautelares, representa meio para efetivo cumprimento de determinações judiciais, através da aplicação de sanções diversas.

Sob análise crítica, exsurge a reflexão se após a concessão das tutelas provisórias, no sistema da *common law*, ao final, sendo manifesta a improcedência do pedido, culminaria ou não em ônus à parte contrária. Indubitável, na hipótese mencionada, a imprescindibilidade de ser buscado o equilíbrio entre os valores conflitantes para que a decisão ocorra em prol do valor mais relevante.

A esse propósito, no sistema inglês, pouca importância existe no fato de a providência provisória assumir feição conservativa ou antecipatória, pois ambas são, genericamente, tratadas como cautelares. Ainda que a tutela denote característica de provisoriedade, em determinadas situações pode assumir caráter definitivo.¹⁷⁹

Em nossa opinião, da insuficiência do procedimento de cognição plena para que a efetividade e a eficiência da tutela jurisdicional sejam atingidas, recorre-se às formas da tutela provisória. No mesmo patamar constatou-se a inexistência, como regra, de procedimento cautelar autônomo, pois medidas dessa natureza integram o procedimento ordinário, afastando a exigência da instauração de relação processual diversa.

¹⁷⁷ “*Mandatory ou positive injunction; prohibitory ou negative injunction*”. Tradução livre: Injunção obrigatória ou positiva; proibição ou liminar negativa.

¹⁷⁸ Tradução livre: desacato ao Tribunal.

¹⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007.

3 DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA NO CPC/2015

Consoante o aspecto histórico e evolutivo, apresentado inicialmente, não restam dúvidas de que as alterações relevantes trazidas pela Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, especificamente no que se refere às tutelas provisórias, foram agregadas em um único livro. Observa Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹⁸⁰ que não poderia o legislador ter estruturado de forma diversa, pois todas as tutelas constituem espécies do mesmo gênero.

A partir dessa linha de raciocínio, Humberto Theodoro Junior aponta a existência de aspectos comuns a todas as espécies de tutela o que, a seu ver, contribuiu para o posicionamento de consolidação de uma visão unitária das tutelas de urgência.¹⁸¹ Para justificar sua concepção, ressalta que no direito comparado, especialmente no europeu, a tutela antecipada e a tutela cautelar são tratadas sob a denominação única de tutela cautelar. Entende que, na nossa legislação, a suposta unificação iniciou-se com a previsão de fungibilidade entre medida antecipatória e medida cautelar, art. 273, § 7º, do CPC/1973, e ganhou forças com a entrada em vigor do CPC.¹⁸²

Superada questão relacionada à disposição das tutelas, abordada no Projeto do Senado e Projeto da Câmara,¹⁸³ o legislador elegeu a denominação tutela provisória para fazer referência à tutela antecipada e à tutela cautelar, as quais ocupam a maioria dos artigos 294 a 310 do CPC e podem ser pautadas em caráter antecedente ou incidental, e à tutela de evidência restrita ao art. 311 do CPC.

¹⁸⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Manual de direito processual civil esquematizado*. Coordenador Pedro Lenza. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 577.

¹⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 610, v. I. “Sob o rótulo de “Tutela Provisória”, o novo CPC reúne três técnicas processuais de tutela provisória, prestáveis eventualmente em complemento e aprimoramento eficaz da tutela principal, a ser alcançada mediante o provimento que, afinal, solucionará definitivamente o litígio configurador do objeto do processo. Nesse aspecto, as ditas “tutelas provisórias” arroladas pela legislação processual civil renovada correspondem, em regra, a incidentes do processo, e não a processos autônomos ou distintos. De tal sorte que a antiga dicotomia do processo em principal (de cognição ou execução) e cautelar, existente no código revogado, não mais subsiste na nova lei, pelo menos como regra geral, restando bastante simplificado o procedimento”.

¹⁸² Idem, p. 615-617.

¹⁸³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 97. “O Projeto do Senado, na esteira do Anteprojeto, propunha a denominação de “tutela de urgência e tutela de evidência”. O projeto da Câmara propôs, em seu lugar, chamá-la genericamente de “tutela antecipada”, independentemente da natureza satisfativa ou cautelar da medida. Na última etapa do processo legislativo, o Senado modificou mais uma vez a denominação para adotar o termo “tutela provisória”, ora empregado pelo novo Código de Processo Civil”.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero discordam da opção do legislador, entendem que a terminologia adotada não enaltece a busca pela tutela do direito:

[...] Ao falar em *tutelas provisórias* o legislador imagina mais uma vez – voltando mais de cem anos na história do processo civil – que é possível tratar o direito material com uma categoria interna, única e invariável que não fornece qualquer pista a respeito dos pressupostos materiais que devem ser alegados e provados para proteção do direito material. Aludir simplesmente a *tutelas provisórias* e a *tutelas sumárias* – e aos conceitos correlatos de tutelas definitivas e tutelas exaurientes – sem iluminá-las com o conceito de *tutela dos direitos* é perder de vista aquilo que a parte efetivamente foi procurar no processo. É *fazer com que o legislador falte com o seu dever de legislar de modo a guiar a ação dos juízes e dos advogados para a prestação de uma adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional dos direitos*.¹⁸⁴

Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira esclarecem que a denominação eleita, tutela provisória, corresponde ao termo ideal, embora possa ter sido alvo de polêmica na doutrina. Ainda que existam situações nas quais a provisoriedade se torna definitiva, a terminologia adotada é mais adequada do que a presente no texto anterior do projeto.¹⁸⁵

As três espécies de tutelas provisórias apresentadas no Livro V, da Parte Geral do CPC, em situação na qual não há extinção provocada por problemas formais, mediante concessão do provimento, produzem eficácia até que ocorra a substituição por outro provimento proferido de acordo com cognição exauriente.¹⁸⁶

O regime jurídico da tutela provisória, trazido pelo art. 294 do CPC, elucida no *caput* do dispositivo que o gênero tutela provisória pode fundamentar-se em urgência e evidência. Embora as tutelas provisórias estejam sujeitas à modificação, após exame cognitivo, não se misturam.

Como é sabido, a tutela cautelar tem a finalidade de repelir o *periculum in mora* afastando o prejuízo grave ou irreparável que possa ocorrer enquanto perdurar o processo. Por outro lado, a tutela de evidência é lastreada em considerável grau de probabilidade do direito pleiteado, a ponto de consentir de imediato aquilo que, com grande probabilidade, virá ao final.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, p. 229.

¹⁸⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 49. “Embora esse problema de ordem semântica não seja relevante o suficiente para alterar a natureza das tutelas tratadas, mesmo porque cada uma delas possui um nome diferente a identificá-la, uma análise das posições apresentadas nos impele a conclusão de que a denominação “Tutela provisória” foi adequadamente empregada”.

¹⁸⁶ Idem, p. 50. “Quanto ao fato de que a decisão proferida sempre será provisória, mas que os seus efeitos podem ser desde logo definitivos, conforme afirma Proto Pisani e com o que concordamos in totum, observamos que a alteração ou não dos efeitos é circunstancial, não representando fenômeno capaz de alterar o caráter constante de provisoriedade dessas espécies de tutela”.

Resta claro que o parágrafo único do art. 294 do CPC é subdividido em tutela cautelar e tutela antecipada para posterior subdivisão, quanto ao seu procedimento, a fim de serem concedidas em caráter antecedente e incidental conforme classificação a seguir.

Em síntese, o art. 294 do CPC restringiu-se às classificações elaboradas pela própria lei. Classificou a tutela provisória sob três aspectos: quanto à natureza da decisão, a tutela será de urgência ou evidência (art. 294, *caput*); quanto à satisfatividade da decisão, a tutela será antecipada ou cautelar; e quanto ao momento da decisão, a tutela será antecedente ou incidente.¹⁸⁷

A despeito do que foi tratado no primeiro capítulo, a tutela provisória deve ser estudada a partir de um aspecto constitucional. Sendo certa a garantia de acesso à justiça, por expressa determinação do art. 5º, XXXV, da CF, a ameaça de lesão pode ser impedida através da viabilização da tutela cautelar ou da antecipação da tutela. O dispositivo citado conduz o processo com o propósito de alcançar uma prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.¹⁸⁸ Todos têm a garantia ampla e irrestrita de acesso ao Poder Judiciário sem as dilações descabidas.

A tutela provisória encontra suas raízes no princípio do devido processo legal e no dispositivo constitucional, estreitando vínculo com o modelo constitucional.¹⁸⁹ Complementa Cândido Rangel Dinamarco:

Mas há *situações urgentes* em que, por conta da espera pela realização de todo o conhecimento judicial com a efetividade do contraditório, defesa, prova e discussão da causa, no curso do processo e dessa espera os fatos podem evoluir para a consumação de situações indesejáveis e talvez até mesmo irreversíveis, a dano de algum dos sujeitos. O tempo às vezes é *inimigo dos direitos* e o seu decurso pode lesá-los de modo irreparável ou ao menos comprometê-los insuportavelmente (Carnelutti).¹⁹⁰

Nesse contexto, sentimos que os operadores do direito devem se conscientizar que sem a utilização da tutela provisória, o direito poderá perecer quando chegado o momento da sua efetiva entrega, sem qualquer utilidade específica. Ademais, na esteira das opções legislativas

¹⁸⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 51.

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 40, v. 2.

¹⁸⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 04. “[...] o plano técnico do processo, a realização das diretrizes constitucionais do processo, é necessariamente vinculado ao modelo que a Constituição reserva para ele”.

¹⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed., rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 254, v. I.

adotadas pelo atual diploma processual civil, mostra-se de fundamental importância acolher a evolução da tutela provisória que dará suporte para seguimento do estudo.

3.1 A evolução da tutela provisória e o processo legislativo no CPC/2015

O ordenamento processual civil brasileiro, há muito, vem passando por alterações com o propósito de suprir as necessidades existentes, para a efetivação do direito material, o que reforça a busca pelo aperfeiçoamento da tutela provisória.¹⁹¹ Para tanto, oportuna a apresentação de considerações sobre alguns aspectos do processo legislativo do direito processual civil brasileiro.

O CPC/1939, elaborado de forma excessivamente complexa e teórica para o contexto prático, não acompanhou o grau científico que o direito processual civil havia alcançado na Europa no mesmo período. Em 1973 foi iniciado o movimento reformador do CPC/1939, com base no Anteprojeto redigido por Alfredo Buzaid e revisto por uma Comissão de Juristas integrada por José Frederico Marques, Luís Machado Guimarães e Luiz Antônio de Andrade. O CPC/1973 (Lei n. 5.869, de 11.01.73), com severas e expressivas modificações, teve vigência até o advento do atual Código Processual Civil.

Após reformas vivenciadas pelo CPC/1973 e com o fortalecimento do movimento reformador, no âmbito do Senado Federal, ganhou força o Projeto de um Novo Código de Processo Civil (Projeto Legislativo n. 166/2010). O então Presidente daquela Casa Legislativa, Senador José Sarney, nomeou uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro do STJ da época, Luiz Fux, para a elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, do qual foi Relatora-Geral Teresa Arruda Alvim.

A Comissão nomeada orientou-se pelos princípios, preconizados para as leis processuais, com o propósito de conceder ao Estado Democrático de Direito um processo justo, garantindo o acesso a uma tutela jurisdicional efetiva e viabilizando a pacificação dos conflitos.

O Anteprojeto de Lei, que contou com a participação de especialistas como Cassio Scarpinella Bueno, Ministro Athos Gusmão Carneiro, Dorival Renato Pavan e Luiz Henrique Volpe Camargo, foi apresentado ao Senado Federal em junho de 2010 seguido da conversão no PLS 166/2010, com o trabalho final aprovado em dezembro de 2010.

Logo após, o Projeto foi enviado à Câmara dos Deputados, PL n. 8.046/2010, sob a relatoria inicial do Deputado Federal Sergio Barradas Carneiro e depois sob a relatoria do

¹⁹¹ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 31.

Deputado Federal Paulo Teixeira. Seguiu para aprovação pela Câmara dos Deputados, em dezembro de 2013, com destaques votados em março de 2014 diversos do Projeto do Senado.

Em função das alterações, o Projeto da Câmara foi devolvido ao Senado Federal, iniciador do processo legislativo, para análise das modificações introduzidas pela Câmara nos ditames do art. 65 da CF.

No Senado Federal o Projeto da Câmara, preservado em parte, sofreu diversas modificações que já constavam do Projeto do próprio Senado, aprovado em dezembro de 2010, o que para parcela da doutrina ultrapassou os limites constitucionais a ele impostos, art. 65 da CF. Na lição de Cassio Scarpinella Bueno:

É possível verificar também que o Senado Federal, em diversas oportunidades, exorbitou dos limites a ele impostos naquele momento do processo legislativo pelo preitado art. 65 da Constituição Federal. O texto final foi aprovado na sessão de 17 de dezembro de 2014, com a votação de diversos destaques feitos a ele. Seguiu-se um período de “revisão” – verdadeiro *limbo legislativo* – em que o texto foi alterado em inúmeros pontos, sendo perceptíveis objetivamente incontáveis mudanças de palavras, modificações de pontuação, desdobramentos de dispositivos e, até mesmo, introdução de novos dispositivos.¹⁹²

Com as modificações, em sentido contrário à lei constitucional, o texto foi enviado à sanção presidencial e promulgado em 16 de março de 2015, com poucos vetos, seguindo para publicação no Diário Oficial aos 17 de março de 2015, Lei n. 13.105/2015. Ainda durante a *vacatio legis* do Código Processual Civil, foi promulgada a Lei n. 13.256, de 04 de fevereiro de 2016 que modificou diversos de seus dispositivos, como a sistemática dos recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Não é difícil perceber que após mais de 05 (cinco) anos de tramitação foi sancionada a Lei n. 13.105/2015. Especificamente, em relação à tutela de urgência, o CPC sofreu diversas alterações no decorrer de sua tramitação no Congresso Nacional, PL n. 166/2010 do Senado e PL n. 8.046/2010 da Câmara.¹⁹³

¹⁹² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 62, v. 1.

¹⁹³ ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39-40. “Depois das modificações sofridas na Câmara, o projeto retornou ao Senado, ocasião em que sofreu novas mudanças redacionais. Procedidas essas mudanças, passamos a ter um texto final, que foi submetido à sanção presidencial, resultando na Lei 13.105, de 13 de 16-3-2015. Esse texto, em relação à um saído da Câmara tem duas modificações importantes no que diz respeito ao tema ora em focado. A primeira é de nomenclatura. O gênero passou a se chamar “Tutela Provisória” (passando, portanto, o livro V, a ostentar o nome “Da Tutela Provisória”. A tutela provisória compreende a tutela de urgência (cautelares ou satisfativa) e a tutela de evidência. No mais, a disciplina da tutela de urgência e da evidência na redação do projeto conforme saído da Câmara (objeto de análise no subitem anterior), permaneceu a mesma, alterando-se apenas a numeração dos artigos correspondentes”.

A tutela cautelar foi a primeira espécie de tutela de urgência, trazida de forma genérica pelo CPC/1973. Ocupou o Livro III, além de ter sido regulamentada pelos 94 artigos e parágrafos (artigos 798 a 889 do CPC/1973), com a finalidade de assegurar o resultado útil do processo, paralelamente ao Processo de Conhecimento, Livro I, e ao Processo de Execução, Livro II.

À época do CPC/1973 o Estado para atingir a pacificação social, valendo-se da jurisdição, dispunha do processo. Para realizar sua missão, utilizava de forma genuína o processo de conhecimento, adequando o direito ao caso concreto, além do processo de execução caso houvesse necessidade de realizar, através de atos materiais, o direito reconhecido em título executivo, judicial e extrajudicial.

Contudo, no desenrolar dos atos processuais sempre foi marcante a presença do fator tempo. Inexiste processo que se desenvolva do início ao fim, de forma imediata e fluída, o que culminou na exigência de uma tutela de urgência.

A tutela cautelar, ante a sua autonomia e previsão no Livro III no CPC/1973, colidia com as necessidades dos jurisdicionados, bem como dos jurisdicionados em situações de urgência, o que viabilizou a concessão da medida *inaudita altera pars* antes ou no curso do processo principal, considerando que se tratava de processo acessório. Foi nesse quadro evolutivo que a Lei n. 8.952/1994 alterou os dispositivos do CPC/1973, de forma generalizada, com a introdução da tutela antecipada disposta no art. 273 e seus parágrafos.¹⁹⁴

À luz do CPC/1973 predominava o entendimento de que o juiz não podia conceder tutela antecipada de ofício, conforme exposição do art. 273, *caput*.¹⁹⁵ No CPC a atuação não se modificou, no que diz respeito à tutela antecipada, pois a viabilidade da concessão da medida de ofício, prevista no Projeto do Senado, não foi aprovada na Câmara.¹⁹⁶

¹⁹⁴ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 32. “[...] Os arts. 273 e 461 foram, provavelmente, os dois dispositivos mais revolucionários e importantes por ela trazidos, rompendo concepções ultrapassadas, especialmente na execução das obrigações de fazer e nas técnicas de urgência”.

¹⁹⁵ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 90. “A lei processual alude imprecisamente a pedido da parte, o que poderia dar ensanchas a interpretação mais abrangente (partes são o autor e o réu). Entretanto, logo a seguir, refere-se a norma à antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, o que torna patente que só ao autor foi concedido tal direito. Resulta claro, pois, da sistemática adotada pelo Código que a tutela antecipada só pode ser pleiteada pelo autor, com o registro, porém, de que o réu, na reconvenção, exerce o papel de verdadeiro autor”.

¹⁹⁶ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e a tutela antecipada*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 244-245. “Como ressaltou Rogerio Licastro Torres de Mello em atenciosa mensagem que nos foi enviada: No Projeto “Versão Senado”, havia um artigo explícito a respeito da possibilidade de concessão das tutelas de urgência (dentre elas, a antecipada) de ofício. Era o artigo 277 da “versão Senado”, assim redigido: Em casos de medidas excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício. No Projeto “versão Câmara” não foi mantido o art. 277 da “versão Senado”. Na versão final do NOVO CPC, igualmente não constou qualquer dispositivo expresso acerca da

Na seara das alterações propostas pelos Projetos e, inicialmente, pelo Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas, a realocação das disciplinas, denominadas tutela antecipada e processo cautelar no CPC/1973, mereceu considerada atenção. Cassio Scarpinella Bueno sintetiza:

O Projeto do Senado, seguindo os passos do Anteprojeto, propunha, em substituição aos dois mencionados institutos, o da “tutela antecipada” do art. 273 e do art. 461, § 3º, e do “processo cautelar” dos arts. 796 a 889, todos do CPC de 1973, disciplina que intitulou “tutela de urgência e tutela de evidência”, veiculada em seus artigos 269 a 286. O projeto da Câmara propôs, em seu lugar, disciplina denominada “tutela antecipada”, que ocupava seus artigos 295 a 313. Chama atenção, portanto, mesmo dentro dos limites deste Manual, constatar que o CPC de 2015 refere-se ao tema com *nomenclatura* diversa como se verifica de seus arts. 294 a 313: “tutela provisória”.¹⁹⁷

Tal fato contribuiu para que a tutela cautelar e a tutela antecipada recebessem tratamento mais uniforme, por constituírem espécie do mesmo gênero, no Código Processual vigente.¹⁹⁸ Nessa feita, importa apresentar características relevantes do desenvolvimento da tutela de urgência, desde o CPC/1973, até os reflexos trazidos pelo processo legislativo do CPC, no Congresso Nacional, sancionado pela Presidência da República.

possibilidade de concessão de ofício de tutelas de urgências, cautelares ou satisfativas (=antecipadas). De todo modo, eu pessoalmente penso que há possibilidade de concessão de tutela de urgência (tanto cautelares – o que você bem sabe, é pacífico –, quanto satisfativa/ antecipadas) de ofício, em caráter excepcional. A concessão ex officio de tutelas de urgência de natureza cautelar me parece indubitosa: a polêmica reside na possibilidade, ou não, de concessão ex officio de tutelas de urgência de natureza satisfativa (antecipada).....No NOVO CPC, observe que os arts. 294 e 300 cogitam da possibilidade de concessão de tutelas provisórias (dentre elas as de urgência, cautelares ou satisfativas), não reproduzindo a linha do CPC de 1973, em cujo art. 273 cogita-se de “requerimento da parte” relativamente à tutela antecipada (que é uma das tutelas de urgência)”.

¹⁹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 256.

¹⁹⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: A estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 209, p. 13-34, jul. 2012. “O Projeto de novo Código unifica, sob uma mesma disciplina, as medidas urgentes cautelares e antecipatórias. O § 1.º do art. 269 do PNCP define como “satisfativas” as medidas “que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida”. No § 2.º do mesmo artigo, veicula-se o conceito legal de medidas cautelares: são “as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo”. Embora se mantenha a distinção conceitual entre ambas, confere-se-lhes o mesmo tratamento jurídico. Aplica-se a ambas o mesmo regime quanto a pressupostos, via processual de pleito e concessão, eficácia e autoridade da decisão concessiva - e assim por diante. A unificação de regime é positiva, seja sob o aspecto do rigor científico, seja pelas vantagens práticas (e nem poderia ser de outro modo: em processo, põe-se em xeque o acerto de qualquer formulação teórica que conduza a resultados práticos despropositados). O liame unificador, capaz de agrupar as medidas urgentes conservativas e antecipatórias dentro de uma mesma categoria, reside nos seguintes traços: (1.º) função de garantir o resultado inerente à outra tutela (“final”), tendencialmente definitiva - viabilizando seu provimento, resguardando sua efetivação ou impedindo sua inutilidade -, com o afastamento de um perigo de dano de difícil reparação; (2.º) cognição sumária; (3.º) em virtude de sua função, instrumentalidade em relação a tal provimento posterior: a providência urgente opera com base na perspectiva da tutela final, ainda que esta concretamente não venha a ocorrer, e sua concessão subordina-se à probabilidade do conteúdo da tutela final e (ou) aos riscos que essa sofre; (4.º) consequente provisoriedade, caracterizada pela circunstância de o provimento urgente não ter o condão de se tornar juridicamente definitivo: no regime vigente ou ele é substituído pela tutela final ou, simplesmente, perde a eficácia. Esses quatro aspectos são identificáveis nas medidas cautelares e na tutela antecipatórias urgentes, tal como previstas no direito vigente. Se a intenção do legislador é manter tais traços, justifica-se o regramento único para ambas”.

O CPC/1973 posicionava a tutela de urgência em locais separados. Bruno Garcia Redondo¹⁹⁹ destaca que a tutela de urgência não satisfativa, cautelar, encontrava-se no Livro III, que trazia o processo cautelar além de dispor sobre o dever-poder geral de cautela, a teoria geral da cautelar, as cautelares inominadas (atípicas) e as cautelares nominadas (típicas) em espécie.

No Livro I, marcado pelo processo de conhecimento, encontrava-se a tutela de urgência satisfativa, antecipada, nos termos da redação do art. 273 do CPC/1973, acrescida pelas Leis n. 8.952/1994 e 10.444/2002. Como é sabido, o disposto no art. 273 do CPC/1973 também versava sobre a tutela da evidência (art. 273, II), o julgamento imediato parcial de mérito (art. 273, § 6º) e a fungibilidade (art. 273, § 7º) entre as tutelas de urgência satisfativa (antecipada) e não satisfativa (cautelar).

A introdução da tutela antecipada pela Lei n. 8.952/1994, provocando alteração no CPC/1973, no processo de conhecimento e no processo cautelar, ampliou o acesso à justiça, determinado pelo art. 5º, XXXV, da CF, fazendo valer os direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito. Inseriu em nosso sistema processual uma regra geral que segundo Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira:

[...] passou a permitir a antecipação de tutela em processos do rito comum (então ordinário e sumário), o que antes não era possível. Em outros termos, o art. 273 do CPC de 1973 tornou aquilo que era uma exceção, porque só era possível quando previsto expressamente em um procedimento diferenciado, uma regra geral, permitindo a antecipação da tutela sempre que presentes seus requisitos gerais, classificados como requisitos positivos obrigatórios (verossimilhança da alegação e prova robusta), requisitos positivos facultativos ou hipóteses de cabimento (manifesto propósito protelatório o risco da ocorrência de dano) e o requisito negativo (impossibilidade de irreversibilidade do provimento concedido).²⁰⁰

Antes da inserção da tutela antecipada, no CPC/1973, a doutrina mostrava-se resistente ao acolhimento da tutela satisfativa do direito, através do emprego da tutela cautelar. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior entendia que não caberia à medida ultrapassar os limites inerentes à natureza provisória:

Seu fito é apenas garantir a utilidade eficácia da futura prestação jurisdicional não satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória.

¹⁹⁹ REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo. São Paulo: RT. v. 244, p. 168, jun. 2015, p. 2.

²⁰⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Da tutela antecipada à tutela superantecipada: breves considerações acerca dos requisitos essenciais da petição inicial simplificada*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 357.

Quando a pretensão preventiva compreender antecipação satisfativa do direito litigioso do requerente, ação não poderá ser manifestada como ação cautelar.²⁰¹

Embora a tutela cautelar tivesse o propósito de permitir o alcance da tutela satisfativa, mediante cognição sumária, tal fato não era aceito pela doutrina que não reconhecia o uso da tutela cautelar para a satisfação do direito, mesmo que se tratasse de única forma para a efetivação do direito fundamental de ação.

Partindo da necessidade de tutela antecipada para a efetiva tutela dos direitos, o legislador acabou compelido a inserir o art. 273 no CPC/1973, o que fez com que a tutela antecipada pudesse ser requerida em caso de perigo de dano em qualquer situação material litigiosa.

Atualmente, conforme declara Luiz Guilherme Marinoni,²⁰² o processualista vive sob o Estado Constitucional, sob dever de tutelar os direitos fundamentais, buscando a prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva a todos os direitos. O Código Processual Civil pátrio não deixa dúvidas de que o juiz pode conceder a tutela amparada, mediante cognição sumária, desde que presentes os pressupostos legais. Para o autor a teoria do processo civil não pode olvidar que a tutela do direito, não apenas a tutela cautelar, pode ser concedida com base em probabilidade.

Não é difícil compreender que o CPC não dedicou às tutelas provisórias uma autonomia estrutural, um processo autônomo, nos moldes do Código Buzaid.²⁰³ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero entendem que a lógica do legislador procurava manter, de um lado *a atividade de cognição e de execução em dois processos distintos* e, de outro, *provimentos provisórios do processo cautelar dos provimentos definitivos dos processos de conhecimento e de execução*. Acrescentam que:

[...] Embora tenha incorrido no equívoco de acentuar a característica meramente processual da provisoriedade dos provimentos em detrimento da relação entre a técnica antecipatória e a tutela dos direitos, o legislador pelo menos reconheceu a necessidade de o procedimento cautelar contar com a atividade de cognição e de execução e de poder gerar decisões provisórias e definitivas sobre o mérito da causa. Em percepção, herdada das *reformas do Código de 1973*, fez com que a técnica antecipatória fosse prevista na *parte geral*, podendo ser utilizada de maneira *incidental* ou *antecedente* tanto no *procedimento comum* como em qualquer *procedimento diferenciado* (arts. 294 único, e 303 a 310).²⁰⁴

²⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2010, p. 108.

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017.

²⁰³ No Código Buzaid, toda e qualquer providência, realizada mediante cognição sumária, deveria ser instrumentalizada através do processo cautelar.

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, p. 230.

Pelo exposto, o tema das tutelas provisórias sofreu significativas alterações, sendo alvo de debates e discussões no decorrer da tramitação do Projeto do Código Processual Civil. O título do Livro, no qual foram inseridas as tutelas de urgência, após inúmeras modificações, recebeu a denominação de tutelas provisórias.²⁰⁵

O CPC, de modo diverso do CPC/1973, chamou atenção quando introduziu modificação significativa na Parte Geral, na qual se encontra seu Livro V, discorrendo acerca *Da tutela provisória*, que fala das *Disposições Gerais, Da Tutela de Urgência e da Tutela de Evidência*, disciplinada nos artigos 300 a 310 do CPC com extensão à toda a Parte Especial.

No texto definitivo, a tutela provisória permaneceu como gênero do qual são espécies a tutela de urgência (objeto do nosso estudo) e a tutela de evidência, art. 294 do CPC. A tutela de urgência traz outras duas subespécies, a tutela de urgência de natureza antecipada e a tutela de urgência cautelar. Ao invés de mantida a intenção original de que ambas as tutelas seriam tratadas em regime único, foram disciplinadas em capítulos diversos com procedimentos diversos.

Oportuna a colocação de Paulo Henrique dos Santos Lucon²⁰⁶ no sentido de que em breve intervalo, sob a ótica da evolução legislativa, dois eventos históricos deixaram marcas relevantes. Simultaneamente, ocorreu a passagem dos vinte anos da entrada em vigor do art. 273 do CPC/1973, responsável pela institucionalização da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, e a aprovação do CPC com o escopo de sistematizar e modernizar a legislação processual civil brasileira.

Dentro do recorte proposto, Bruno Garcia Redondo enumera as novidades trazidas pelo CPC sobre o tema tutela provisória:

O CPC (LGL\1973\5)/2015 trata do tema tutela provisória de forma significativamente diferente, cabendo, neste momento, uma mera enunciação das inovações, sem maiores detalhes por fugirem ao objeto do presente estudo: extinção de Livro especificamente destinado ao “processo cautelar” (não há, no novo Código, qualquer correspondente ao Livro III do CPC/1973 (LGL\1973\5)); extinção da regulamentação de todas as cautelares nominadas/típicas (em espécie); consagração de cláusula geral de atipicidade das medidas cautelares, resultante da manutenção do dever-poder geral de cautela do juiz (art. 297); unificação do regime da “tutela provisória” (arts. 294 e ss.), que se tornou o gênero de 2 (duas) espécies (tutelas “de

²⁰⁵ AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas provisórias de urgência no CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares?* In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 52. “[...] De fato, as disposições variaram desde conter um regime único para as tutelas antecipada e cautelar, passando pela distinção entre tutelas de urgência cautelar e satisfativa, bem como de evidência, até restarem contidas no Livro V, primeiro com o título “tutela antecipada” e finalmente vê-la na redação final, como tutela provisória”.

²⁰⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória na atualidade*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 247.

urgência” e “da evidência”); unificação do regime da tutela de urgência, com tratamento conjunto das tutelas “antecipada” e “cautelar” (arts. 300 a 310), inclusive no que tange aos seus pressupostos/requisitos e à fungibilidade; criação da tutela antecipada “antecedente” (arts. 303 e 304), com possibilidade de estabilização de seus efeitos; ampliação das hipóteses de tutela “da evidência” (art. 311); criação do julgamento “antecipado” (*rectius*: imediato) parcial de mérito (art. 356), ainda que a sentença seja recorrível por agravo de instrumento (art. 356, § 5.º), com possibilidade de formação de coisa julgada material e execução definitiva (art. 356, § 3.º) se não interposto o recurso.²⁰⁷

Dentre as diferenças trazidas pela normatização do CPC, sobreleva-se que a tutela antecipada é passiva de extinção no prazo previsto no art. 303, § 2º, do CPC e pode ser estabilizada caso o réu não apresente o recurso, art. 304 do CPC. No caso da tutela cautelar, caso o autor não deduza o pedido principal, no prazo de 30 (trinta) dias, haverá perda da eficácia e caso não promova a contestação, haverá aplicação dos efeitos da revelia em conformidade com o art. 307 do CPC.²⁰⁸

Como será detalhado a seguir, a tutela provisória de urgência, antecipada ou cautelar, apresenta a possibilidade de ser requerida ou concedida em caráter antecedente ou incidental. Tomando-se os requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência, antecipada e cautelar, ao discipliná-las no Livro V da Parte Geral, o legislador do CPC traçou a previsão de modo genérico para ambas as modalidades, deixando à mostra seu cabimento quando se fizerem presentes os elementos indicativos da probabilidade do direito, quando houver perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Evidentemente, devem ser respeitadas as particularidades de cada espécie de tutela. A tutela de urgência antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, art. 300, § 3º, do CPC/2015, o que constitui um requisito negativo para sua concessão. Tem a finalidade de antecipar o pedido da tutela final, já que se trata de tutela de urgência provisória.

A tutela cautelar, como espécie da tutela de urgência provisória, objetiva assegurar o direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, o que permite afirmar que servirá para o processo de conhecimento e do cumprimento de sentença, quanto ao processo de execução.²⁰⁹

²⁰⁷ REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo. São Paulo: RT. v. 244, p. 167-192, jun. 2015, p. 168.

²⁰⁸ AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas provisórias de urgência no CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares?* In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 55.

²⁰⁹ Arts. 771 e seguintes do CPC.

Acerca da sistemática trazida pelo CPC no tocante à tutela provisória e suas espécies (a tutela cautelar e a tutela antecipada, objeto de análise no presente estudo), inseridas na Parte Geral, podemos entender que deveriam ser alongadas para a Parte Especial do CPC.

O CPC unificou os requisitos entre as tutelas de urgência, sem unificar os procedimentos entre as tutelas de urgência antecipada e cautelar, como será estudado à frente.²¹⁰

Em resumo, tivemos a oportunidade de compreender que mesmo sendo possível a determinação de um procedimento único para ambas as espécies de tutela, o legislador optou por escolher um tipo de procedimento para cada uma delas. No desdobramento dessa distinção, verificar-se-á a cognição exigida em cada uma das espécies mencionadas.

3.2 Os poderes do juiz como instrumento necessário ao exercício da jurisdição

3.2.1 O poder discricionário na tutela de urgência

Importa esclarecer que este poder, denominado *discricionário*, não se trata do Poder Discricionário tratado no Direito Administrativo, ou seja, do poder que o Direito concede à Administração para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha de sua oportunidade e conveniência.

Como reflexo ao exercício das medidas, trazidas pelas tutelas provisórias de urgência, o legislador concedeu ao juiz a prerrogativa de determinar as medidas práticas cabíveis no âmbito da prevenção. O juiz passa a dispor de determinado poder para a efetivação das tutelas. Em trecho colacionado, Galeno Lacerda pontua que:

[...] no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as “medidas provisórias que julgar adequadas” para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricção do juiz assume proporções quase absoluta. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do *imperium*, decretava os *interdicta*.²¹¹

²¹⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 81. “Para a concessão da tutela de urgência determina o art. 300, caput, do CPC, que deverão estar presentes dois requisitos, por isso denominados requisitos positivos: a) a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito; e, b) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

²¹¹ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. VIII, t. 1, n. 25, p. 135-136.

Dada a importância prática do poder discricionário atribuído ao juiz, na função mencionada, Marcus Vinicius de Abreu Sampaio destaca a existência do referido poder na atividade jurisdicional:

[...] entendemos que ao juiz é dado, sim, o poder discricionário, toda vez que estiver ele diante de uma norma abstrata e genérica que não lhe fixe parâmetros objetivos a seguir. E essa assertiva não se choca e nem tampouco se confunde com o dizer que hoje ao juiz é dado o poder-dever de interpretar a norma, toda vez que for aplicá-la num caso concreto. Em outras palavras, o juiz sempre interpreta a norma positiva, para aplicá-la ao caso concreto, porém, em determinadas situações, age ele com um poder discricionário, a fim de, exercendo juízo de valor, conveniência e oportunidade, delimitar seus parâmetros naquele caso específico que lhe é apresentado.²¹²

A argumentação discorrida, a respeito dos poderes do juiz, embasa nosso posicionamento no sentido de que não pode ser retirada a sua capacidade de fixar os limites da norma em um caso concreto. Deve-se, contudo, impor o discernimento de que a discricionariedade não corresponde à arbitrariedade, mas apenas a uma possibilidade de escolha dentro dos limites da lei.

Não possui o juiz discricionariedade para optar em conceder ou não uma tutela provisória, sob justificativa de que ambas as soluções são adequadas ao direito. Uma vez preenchidos os requisitos legais para determinado caso concreto, o juiz deve conceder a tutela provisória, sendo o indeferimento obrigatório em sentido contrário.²¹³

A outorga do poder discricionário, resultante em ato de confiança do legislador, atribui ao juiz uma liberdade na análise dos requisitos para a concessão da tutela provisória, lembrando que o próprio legislador utiliza normas abertas com conteúdo indeterminado. Tal fato está à mostra nos dispositivos legais, em termos como “*elementos que evidenciem a probabilidade do direito*” e “*perigo de dano ou risco*”. Contudo, a liberdade valorativa no preenchimento dos requisitos não se resume a conceder ou não a tutela.²¹⁴

²¹² SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: RT, 1993, p. 114.

²¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 354-355. “*Quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais relevante e delicada se apresenta a função jurisdicional. A decisão, nesses casos, pressupõe grande liberdade de investigação crítica do julgador, que a doutrina processual costuma identificar, de forma não muito precisa, com um poder discricionário atribuído ao juiz. Na realidade, não se trata de poder discricionário, visto que o juiz ao conceder ou negar a antecipação da tutela, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade. Se a situação descrita pelo requerente se subsumir em qualquer das hipóteses legais não restará outra alternativa ao julgador senão deferir a pretensão. Tanto que dessa decisão cabe recurso, providência destinada exatamente a possibilitar o reexame da questão pelo órgão superior, que modificará a conclusão de primeiro grau, se entendê-la incorreta. Não tem o juiz, portanto, mera faculdade de antecipar a tutela. Caso se verifiquem os pressupostos legais, é seu dever fazê-lo. Existe, é verdade, maior liberdade no exame desses requisitos, dada a imprecisão dos conceitos legais. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial*”.

²¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 422. “[...] Será teratológica uma decisão na qual o juiz afirme a presença dos requisitos,

Os artigos 297 e 301 do CPC apresentaram o poder geral de prevenção para casos específicos, ou seja, quando a medida se mostra essencial para coibir risco de injustiça ou lesão a uma das partes, antes do julgamento do mérito ou solução do processo. Evita-se o comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional.²¹⁵

Para Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira²¹⁶ a conclusão que se extrai da análise conjunta dos artigos 297 e 301 do CPC é a possibilidade de se conceder ao juiz um poder geral de cautela e de efetivação, mediante acolhimento de todas as medidas necessárias para a satisfação ou acautelamento adiantados.²¹⁷ Com efeito, o art. 294 do CPC prevê que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Não há unanimidade na doutrina para denominar o poder, atribuído ao juiz, para concessão da tutela provisória. Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira preferem utilizar a expressão “*poder geral de prevenção*”.²¹⁸ Leonardo Ferres da Silva Ribeiro entendeu ser mais apropriada a expressão “*poder geral de tutela provisória*”.²¹⁹ João Batista Lopes utilizou a denominação “*poder geral de efetivação*”.²²⁰

De modo geral, o poder discricionário não apenas é outorgado ao juiz para o exercício das medidas provisórias, mas também está condicionado a limitações atinentes a seus pressupostos, dentro da função tutelar de urgência. Expressa a exigência de fundamentação da decisão que concede, nega, modifica ou revoga a tutela provisória, art. 298 do CPC.

mas, por acreditar que a melhor solução é a não concessão da tutela provisória, deixa de concedê-la, ou que, mesmo ausentes os requisitos, resolve por concedê-la por entender essa solução a mais oportuno ou conveniente”.

²¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 640, v. I.

²¹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 603, v. 2.

²¹⁷ Enunciado 31 do FPPC: “*O poder geral de cautela está mantido no CPC*”.

²¹⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 80-81. “*A polêmica se dá, em nosso entender, por conta da divergência que atinge os próprios termos empregados. Dizer que se trata de poder de antecipação deixa de fora do conceito as medidas incidentes, que também são concedidas com base no mesmo poder; dizer que se trata de poder de efetivação pode levar a confusão com a finalidade da tutela executiva; e, dizer que se trata de poder de tutela provisória pode induzir a ideia de que a decisão final cautelar não decorre desse poder, o que também não está correto. Por isso preferimos utilizar o termo “poder geral de prevenção”, que embora não se encaixe perfeitamente ao que acontece com algumas situações referentes à tutela de evidência, abarca as demais situações nas quais a tutela provisória é concedida*”.

²¹⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3.ed. rev. e. atual. São Paulo: RT, 2018, p. 108. “*Como se vê, a tutela cautelar, à luz do Código de Processo Civil de 2015, está toda ela fundada no poder geral de cautela do juiz que continua a existir. Em realidade, o novo Código vai além: o juiz tem um poder geral de tutela provisória, podendo se utilizar de providências cautelares ou antecipatórias*”.

²²⁰ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. *Tutela provisória: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018, p. 100. “[...] c) manteve o poder geral de cautela, agora denominado poder geral de efetivação; [...]”.

O art. 301 do CPC dispõe que a efetivação da medida provisória cautelar, pode ser alcançada por meio de qualquer medida adequada para a asseguuração do direito, de acordo com o rol exemplificativo das medidas cabíveis para aquele fim, como o arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bens. Por sua vez, o poder geral de cautela pode ser encontrado, de forma expressa, no dispositivo em apreço.

Referidas medidas, nominadas ou não, apresentar-se-ão como ordens ou comandos impostos, pelo órgão judicial, a uma das partes envolvidas na demanda.²²¹ Estas ordens podem assumir conteúdo variado, a terem que incidir para preservar ou tutelar o interesse em risco de lesão. É certo que deverão ser valoradas, pelo juiz, quanto à necessidade de aplicação e adequação para eliminar o perigo demonstrado.

Em conformidade com o art. 297 do CPC, após invocada a prestação da tutela de urgência, cabe ao juiz adequar a medida aos limites e objetivos da jurisdição de prevenção. Não se restringe a deferir ou indeferir o pedido da parte, mas pode adequar a tutela à demanda do caso concreto com o intuito de resguardar os interesses em risco.

Nesse aspecto, o poder discricionário do juiz tem o propósito de apreciar a probabilidade do direito da parte que manifeste interesse na proteção. Também atua no que diz respeito ao juízo de probabilidade, sobre o evento danoso, com a possibilidade de eliminar o perigo. Na mesma linha, pode atuar com relação à escolha e determinação da providência que figura como mais adequada, através do juízo discricionário do juiz.²²²

Complementa Teresa Arruda Alvim Wambier²²³ que a discricionariedade é fruto do reconhecimento, no âmbito do direito processual, de que o legislador por vezes se socorre a conceitos vagos ou imprecisos, como por exemplo, perigo de dano grave, boa-fé, entre outros. Em contrapartida, o aplicador do direito não poderá se eximir de aplicar a norma imprecisa, mas deve complementar a ideia genérica da lei, através de um juízo concreto sobre as particularidades do caso em análise.

Entendemos que o juiz, no processo, não pode deixar de praticar o ato para a preservação da eficácia de sua própria atividade jurisdicional, embora a conveniência e oportunidade

²²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 641, v. I. “Essas ordens podem ser de caráter ou conteúdo “positivo” (ordens de fazer), ou “negativo” (ordens de não fazer), e terão como destinatário a pessoa que com sua ação ou omissão ameaça restringir ou suprimir o interesse substancial do promovente, interesse esse que, teoricamente, está protegido pelo direito”.

²²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 642, v. I.

²²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Novo Regime do Agravo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 381-382.

decorram da vontade da lei. Visto sob esse ângulo, a argumentação sobre o poder discricionário do juiz auxiliará a explanação a seguir sobre o poder geral de cautela.

3.2.2 O poder geral de cautela

Expõe Flávio Cheim Jorge²²⁴ que Giuseppe Chiovenda foi o primeiro a elaborar uma teoria acerca do poder geral de cautela do juiz. Somente após os estudos desenvolvidos pelo grande mestre, no início do século passado, a doutrina foi impulsionada pela necessidade de mudanças no Código de Processo Civil.

Um exemplo ilustrativo de grande repercussão sobre o poder geral de cautela, trazido por Piero Calamandrei, espelhou um caso de tutela antecipada:

[...] O proprietário de um clube noturno de Paris tinha dado o encargo a um pintor de decorar a sala de baile com afrescos, que representassem danças de sátiros e ninfas; e o pintor, para aumentar o interesse pela decoração mural, tinha pensado em poder dar aos personagens, que nessas coreografias figuravam em vestes superlativamente primitivas, os semblantes, facilmente reconhecíveis, de letrados e artistas muito conhecidos nos clubes mundanos. Na noite da inauguração uma atriz, que fazia parte da multidão dos convidados, teve a surpresa de reconhecer-se em uma ninfa que dançava em vestes extremamente sucintas; e visto que ela considerasse que essa representação fosse ofensiva para o seu decoro, iniciou contra o proprietário do local uma ação civil, para condená-lo a pagar a figura ultrajante e a ressarcir os danos; e nesse meio tempo pediu que, nas moras do julgamento, lhe fosse estabelecido cobrir provisoriamente aquele pedaço de afresco, que produzia a sua imagem em pose impudica”.²²⁵

Após toda evolução legislativa, perpetrada no início do século passado, mostravam-se frequentes os problemas relacionados à demora dos processos judiciais, o que fez com que o legislador buscasse fórmula mais adequada a respeito das tutelas cautelares.

Dispôs o legislador, no CPC/1939, de forma muito restrita, sobre o poder geral de cautela para a determinação de “*providências para acautelar o interesse das partes*” (art. 675 do CPC/1939), embora não reconhecesse a condição de o jurisdicionado provocar a jurisdição em caráter antecipatório.

Com a entrada em vigor do CPC/1973, alterações expressivas marcaram a sistematização do processo cautelar e ampliaram o campo de atuação dos juízes para evitar o dano e resguardar o resultado útil do processo. Foram dirimidas as dúvidas sobre a amplitude

²²⁴ JORGE, Flávio Cheim. *O processo cautelar e o poder geral de cautela do juiz*. Revista de Processo. São Paulo, v. 87, jun./set. 1997, p. 194.

²²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi da edição italiana de 1936. Campinas: Servanda, 2000, p. 77-78.

do poder cautelar do juiz, com o propósito de reduzir a ineficiência limitante do dispositivo, fazendo-se constar nos artigos 798 e 799 do CPC/1973 a possibilidade de o juiz conceder a tutela cautelar ainda quando não disciplinada pelo legislador.

Quando o juiz atua alicerçado no poder geral de cautela, não exerce apenas um poder de natureza jurisdicional. Em outras palavras, com base nos artigos 798 e 799 do CPC/1973, exerce também um poder de natureza discricionária.²²⁶

Com isso, restou sedimentada a licitude da disposição pelo juiz, do poder geral de cautela em caráter preparatório, poder implícito no CPC/1939 e exteriorizado no CPC/1973. O permissivo correspondia ao poder de utilização dos meios para evitar, no caso concreto, o perecimento do direito, desde que demonstrados os requisitos exigidos à concessão da tutela de urgência, *fumus boni iuris e o periculum in mora*. Acrescenta Olavo de Oliveira Neto que:

O tema poder geral de cautela, enfim, foi ampla e profundamente estudado pela doutrina, sendo várias as polêmicas acerca dos seus diversos aspectos, como a que se deu sobre a possibilidade ou não da sua concessão sem o expresse requerimento da parte. Inicialmente negada a possibilidade de concessão da medida cautelar de ofício, com o tempo passou a ser considerada excepcionalmente possível para casos teratológicos, evoluindo para a ideia de que deveria ser feita uma ponderação dos direitos envolvidos, sempre diante do caso concreto, concedendo-se à medida quando houvesse a possibilidade de perecimento do direito.²²⁷

Não há como negar o poder geral de cautela no CPC, que consagra o instituto no seu art. 297, em prol de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, em consonância com os princípios do devido processo legal e do acesso à justiça. Para Eduardo Arruda Alvim²²⁸ o dispositivo colocou à disposição do juiz e, indiretamente, da parte beneficiada, com eventual concessão da tutela provisória, o conjunto sistematizado e coerente de medidas que se revelem adequadas ao caso concreto.

O art. 297 do CPC prevê ao juiz a possibilidade de determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória. Sendo um dispositivo mais amplo, disponibiliza instrumentos eficazes, de cunho mandamental ou sub-rogatórios, para que a decisão seja efetivada.²²⁹ O poder geral de cautela enfrenta um dos grandes adversários do

²²⁶ SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: RT, 1993, p.140. “É jurisdicional a atividade do magistrado no exercício do poder geral de cautela, na medida em que atua de modo a aplicar a norma abstrata, em determinado caso concreto, a fim de solucionar os conflitos de interesses que lhe são apresentados pelas partes. E o faz, também, com o fito de preservar a ordem e equilíbrio social, já que o Estado se serve do processo, dentre outros mecanismos, para preservar a justiça e a ordem da sociedade que representa”.

²²⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O poder geral de coerção*. São Paulo: RT, 2019, p. 16.

²²⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 131.

²²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 470. “As “medidas que [o juiz] considerar adequadas para efetivação da tutela provisória” referidas no caput do art.

processo, o tempo, mostrando-se indispensável à solução dos litígios. Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara:

O poder geral de cautela é um instituto considerado necessário em todos os quadrantes do planeta, e decorre da óbvia impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações de perigo para o processo que podem vir a ocorrer em concreto. Por tal razão, tem-se considerado necessário prever a possibilidade de o juiz conceder medidas outras que não apenas aquelas expressamente previstas pelas leis processuais.²³⁰

No campo normativo o legislador constituinte achou por bem inserir, no texto constitucional, a garantia de que nem mesmo a lei poderá excluir da apreciação do poder judiciário a ameaça à direito. O Estado-juiz tem o dever de prestar a tutela jurisdicional frente à simples ameaça de lesão. Em qualquer sistema jurisdicional, não se mostrará eficaz a tutela jurisdicional se a prestação ocorrer em momento posterior ao dano.

Ainda que previsto expressamente no CPC, o poder geral de cautela possui fundamento constitucional. O Estado veda a autotutela e garante o efetivo acesso da parte à jurisdição, art. 5º, XXXV, da CF, de tal forma que o cidadão tem o direito à adequada e tempestiva tutela jurisdicional.²³¹ Nasce a obrigação de tutelar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito.²³²

O poder geral de cautela é um poder e dever que são inerentes à efetiva prestação da função jurisdicional. Para Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

É sabido e consabido que é impossível ao legislador prever e regular todas as situações de risco que justificam uma tutela de urgência. Dessa forma, para permitir a atuação do juiz nas mais diversas hipóteses de lesão ou ameaça é que se estruturou, num primeiro momento, o chamado poder geral de cautela. Trata-se de um amplo "dever-poder", municiando o magistrado dos instrumentos necessários para conceder a

297 devem, por isso mesmo, ser entendidas amplamente para viabilizar que, observado o "modelo constitucional do direito processual civil", o magistrado crie condições efetivas para assegurar direitos e/ou satisfazê-los de imediato".

²³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 43, v. III.

²³¹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais (processo civil moderno)*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 86, v. 4. "Trata-se de poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional, com lastro constitucional, decorrente da garantia de acesso à Justiça, que põe a salvo qualquer situação, mesmo não prevista em lei, que demande tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF)".

²³² FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 26. "[...] a análise da própria finalidade jurisdicional-cautelar nos indica que se trata de 'dever' e não 'poder' que se exige como decorrência do 'direito à jurisdição' outorgado a todo cidadão. A impossibilidade de autotutela e a necessidade de garantir-se um efetivo acesso à justiça obrigação do Estado em evitar que se frustre essa garantia, quer para isso seja convocado a atuar, quer sponte sua observe do perigo".

medida que seja adequada e necessária para à eliminação do perigo de dano ou da ameaça, ainda que tal situação não tenha sido prevista pela lei.²³³

Tratando-se de um exercício do poder-dever jurisdicional²³⁴ para assegurar um direito em perigo, constitui um poder preventivo geral sem vínculo à tutela cautelar, podendo abranger a tutela antecipada de natureza satisfativa. No âmbito processual civil, dada a impossibilidade de previsão específica das medidas cautelares, em número fechado, é manifesta a indispensabilidade do poder geral de cautela. No CPC existe um poder geral de tutela provisória, tanto para a hipótese de urgência quanto para a de evidência.

Foi nesse contexto que se deu a evolução. Em suma, o poder geral de cautela, previsto nos artigos 798 e 799 do CPC/1973, já permitia ao juiz a adoção de medidas aptas a evitar o dano e a conservar o resultado útil do processo, além dos procedimentos cautelares específicos. Já existia uma cláusula geral²³⁵ com o propósito de assegurar a efetividade do processo enquanto instrumento. O CPC não apenas manteve o poder geral de cautela como lhe conferiu maior relevância, conforme dispõe o art. 301 do CPC com seu rol exemplificativo.

Eduardo Arruda Alvim enfatiza que: “*O CPC/2015 prestigia, na essência, a realidade dos fatos e as incontáveis situações que podem surgir no plano empírico*”.²³⁶ Há uma consagração do poder geral de cautela, art. 297 do CPC, em prol da tutela jurisdicional efetiva sem perder de vista os princípios do acesso à justiça e devido processo legal.

²³³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 108.

²³⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 154. “*O poder cautelar do juiz atua como poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional. Se esta tem por finalidade declarar o direito de quem tem razão e satisfizer este direito, deve ser dotada de instrumentos para a garantia do direito enquanto não definitivamente julgado e satisfeito. O infinito o número de hipóteses em que a demora pode gerar perigo torna impossível há previsão específica das medidas cautelares em número fechado, sendo, portanto, indispensável um poder cautelar geral que venha a abranger situações não previstas pelo legislador*”.

²³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 187, p. 69, 2010. “*A cláusula geral é uma técnica legislativa que vem sendo cada vez mais utilizada, exatamente porque permite uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente protegidos legislativamente, a ‘standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo*”.

²³⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 177.

Sempre que não houver previsão legal para uma medida cautelar, ao juiz caberá decidir, observando os requisitos e limitações legais.²³⁷ Frise-se que o poder geral de cautela não se trata de um poder ilimitado, mas está associado à subsidiariedade.²³⁸

Diante do exposto, em nosso entender, o CPC não apenas manteve o poder geral de cautela como lhe conferiu maior relevância. Houve uma forte tendência e preocupação em prestigiar a realidade dos fatos e as inúmeras situações que possam surgir no plano empírico.

Por seu turno, o poder geral de cautela permite a adoção da medida mais apropriada para a conservação do bem jurídico, a fim de que seja útil o processo em que se discute o mérito. De forma complementar, não se permite a sua aplicação quando houver previsão no sistema de uma tutela específica, condizente tempestivamente com a situação concreta.

3.2.2.1 Limitações ao poder geral de cautela e as tutelas provisórias de urgência

O simples poder de provocar a jurisdição vem acompanhado de garantias constitucionais, com o propósito de conferir efetividade dentro dos parâmetros propostos pelo modelo constitucional processual civil. Para José Roberto dos Santos trata-se de uma preparação do sistema para a aplicação do instituto: “*De nada adiantará a proteção constitucional do direito de demandar em juízo se o sistema não estiver preparado para garantir de maneira eficaz o interesse juridicamente protegido*”.²³⁹

Como visto, o poder geral de cautela associa-se à ideia de subsidiariedade, cuja aplicação ocorre somente no caso da inexistência de medida específica. Este requisito à concessão das medidas cautelares, baseado no dever-poder de cautela, não se mostra ilimitado.²⁴⁰ As limitações ao poder geral de cautela foram gradativamente moldadas pelos

²³⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O poder geral de coerção*. São Paulo: RT, 2019, p. 17. “*Diante desse contexto evolutivo, pode-se afirmar que a nossa legislação optou por uma ampliação gradativa da mecânica inicialmente utilizada para a concessão das medidas cautelares, isto é, optou por prever situações específicas nas quais poderia o magistrado conceder certa espécie de tutela de urgência ou evidência, conferindo-lhe também um poder geral para concedê-lo na falta de previsão específica, desde que mediante o preenchimento dos requisitos legais*”.

²³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 222. “*O poder geral de cautela está também relacionado à ideia de subsidiariedade, pois somente se legitimam sua utilização e seu exercício quando inexistente modalidade de tutela, cautelar ou não, apta a conferir plena satisfação do direito. Se o ordenamento prevê outro instrumento para evitar o perigo de lesão, ou admite a própria tutela principal de forma rápida, mediante cognição sumária, desnecessária a cautelar inominada. Esta só se mostra adequada para as situações em que não há outro meio de evitar dano irreparável ao direito da parte*”.

²³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 101.

²⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47, v. III “[...] não se pode falar aqui em liberdade para atuar ou não conforme o senso de conveniência e oportunidade do juiz. Presentes os requisitos (que são três): ausência de medida cautelar típica que revele

sistemas anteriores, também marcando presença no CPC, assumindo a forma de limites objetivos, subjetivos e temporais, classificação por nós atribuída.

Não tem o juiz margem de liberdade ilimitada na escolha da medida a ser determinada, a qual deve ser adequada ao caso concreto, a fim de assegurar a efetividade do pedido principal e ficar restrita ao pedido do autor, sendo repelida concessão de providência diversa da suscitada. Sobre o tema Olavo de Oliveira Neto destacou dois limites ao poder geral de cautela, a coordenação com a então ação principal do sistema anterior e a reversibilidade da medida:

Esse poder atribuído ao magistrado, entretanto, não tinha o seu exercício ilimitado. Se a medida cautelar, fundada no poder geral de cautela, pretendia obter segurança maior do que aquilo que necessitava o feito no qual o direito era discutido (ação principal ou ação correlata), ou, se ao invés de assegurar o direito a ser discutido ou efetivado, desde logo conferia sua satisfação, então era vedada ao juiz a concessão da medida. Tratava-se dos dois limites ao poder geral de cautela, reconhecidos como a “coordenação com a ação principal” e a “reversibilidade da medida”.²⁴¹

A coordenação com a mencionada ação principal, requisito trazido pela doutrina, aponta como fundamento a impossibilidade de a medida cautelar exceder os limites da ação correlata o que, em verdade, representa uma consequência do princípio da congruência. A segurança, eventualmente obtida, não poderia ser maior do que a pretendida e conseguida na ação principal, que no CPC vigente assume correspondência com o pedido principal.²⁴²

Outro critério de limitação objetiva associa-se à obrigatoriedade da reversibilidade da medida, pois se de outra forma se apresentasse não seria uma tutela de segurança, art. 300, § 3º do CPC. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade²⁴³ utilizam o termo *irreversibilidade impeditiva* e ilustram com o exemplo da determinação de demolição de um prédio histórico, pois a reconstrução não o traria no estado original.

No exemplo, há a irreversibilidade de fato que impede a concessão da segurança. Quando houver irreversibilidade de direito, passiva de resolução em perdas em danos, talvez a medida possa ser concedida. Ao tratar do tema, Teresa Arruda Alvim Wambier diz que:

Primeiramente, é de se indagar qual o significado de irreversibilidade colocada pelo legislador. Trata-se, obviamente, de uma **irreversibilidade fática, e não jurídica**. Explica-se: a decisão, sob aspecto jurídico, é sempre reversível, bastando para tanto que seja revogada, cessada ou modificada. Não é essa a irreversibilidade que se cogita na norma, mas sim a eventual irreversibilidade das consequências da

adequada em abstrato para hipótese deduzida em juízo, fumus boni iuris e periculum in mora), tem o juiz o poder-dever de conceder a medida cautelar atípica, exercendo seu poder geral de cautela, sob pena de violar o dever de prestar a tutela jurisdicional adequada que lhe é imposto pela Constituição da República”.

²⁴¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O poder geral de coerção*. São Paulo: RT, 2019, p. 16.

²⁴² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 613, v. I.

²⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 998.

efetivação da tutela de urgência; essa, sim, deve ser motivo de preocupação ao se pensar na concessão, ou não, da medida pleiteada.²⁴⁴

De igual modo, para Leonardo Ferres da Silva Ribeiro²⁴⁵ a irreversibilidade a ser considerada como limite objetivo é a que ocorre no mundo dos fatos, a decisão sob um aspecto jurídico é sempre reversível, sendo suficiente que seja modificada, cassada ou revogada. Humberto Theodoro Junior²⁴⁶ considera que a primeira e maior limitação do arbítrio do juiz, condizente com o poder geral de cautela, está centrada no requisito da necessidade de modo que “*somente a medida realmente necessária é que deve ser deferida*”.

A nosso sentir, a medida não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória, mas apenas garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional, de cunho satisfatório, não ultrapassando as margens do pedido principal. Também não é lícito ao juiz, no âmbito do poder geral de cautela, definir medidas satisfativas, pois a segurança deve ser concedida no limite da reversibilidade da medida.

Invariavelmente, o legislador incumbiu ao juiz a adequação da medida, referente ao poder geral de cautela, ao art. 297 do CPC. A medida cinge-se aos limites do direito cuja realização se pretende assegurar, não podendo garantir providências que o autor, ainda que vencedor da ação principal, não teria direito.²⁴⁷

A limitação subjetiva do poder geral de cautela associa-se à identificação de quem será o destinatário da segurança concedida, tenha a medida a finalidade satisfativa ou a finalidade de cumprimento de uma determinação judicial, e de quem sofrerá as consequências com esta medida.

A fim de que os limites subjetivos da medida que se pleiteia e a identificação daqueles que serão atingidos pela sua efetivação, a indicação de determinado órgão jurisdicional e

²⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 501.

²⁴⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 150.

²⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 643, v. I.

²⁴⁷ SAMPAIO, Marcos Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*, p. 147. “*Outra restrição ainda existe e que deve ser considerada. Não pode a tutela cautelar exceder os próprios limites do direito material da parte, e cujo reconhecimento se pretende obter no processo principal. Em outras palavras, o direito substancial de cautela – cuja existência – não pode significar um plus relativamente ao próprio direito material, o que vale dizer que a sua tutela através do poder geral de cautela deve sempre representar um minus em relação à tutela fornecida em via principal*”.

qualificação mínima das partes também serão necessárias, apesar de não constarem no texto do art. 303 do CPC.²⁴⁸

Esse parâmetro direciona o juiz a restringir-se aos elementos subjetivos da petição inicial, a fim de conduzir o provimento em favor de um e contra o outro integrante da relação processual. Contudo, casos existirão em que a medida de segurança atingirá terceiros, mas apenas no tocante a uma situação de fato e não de direito.²⁴⁹ Os limites subjetivos do poder geral de cautela exercitado se coadunam aos próprios limites da lide instaurada.

Sob a premissa do alcance da tutela de urgência, é mister que exista proporção, entre a providência atípica e a prestação que se almeja ao final, no julgamento definitivo do mérito. Não pode a tutela cautelar ultrapassar os próprios limites do direito material da parte, cujo reconhecimento se pretende obter no pedido principal. Não pode haver um *plus* ao direito material a partir da reflexão de que a tutela, através do poder geral de cautela, deve representar um *minus* em relação à tutela fornecida em via principal.

Importante delimitar o momento adequado do exercício do poder geral de cautela, ou seja, quando poderá ser efetivado. Entende a doutrina que o momento adequado, para a concessão da cautela, é aquele que ocorre no curso do processo já instaurado, no qual tem o juiz a prerrogativa de conceder as medidas que julgue necessárias. Não poderá o juiz conceder a medida cautelar, sem que exista provocação da parte, através da instauração de um processo. O poder geral de cautela não pode ser exercido sem a preexistência de uma relação processual instaurada.

Nessa linha de raciocínio, o fator tempo sempre se revelou fundamental para a efetividade jurisdicional. Nos dizeres de Kazuo Watanabe²⁵⁰ uma prestação jurisdicional tardia,

²⁴⁸ NETO, Olavo de Oliveira; NETO, Elias Marques de Medeiros; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 641, v. I. "[...] o juízo competente, que será definido pelos mesmos critérios utilizados para a elaboração de uma petição inicial. Todavia, mesmo que distribuído o feito a juízo absolutamente incompetente, se houver imediata possibilidade de perecimento do direito, decorrente da não apreciação da medida, deverá o magistrado apreciar o pleito liminar, antes mesmo de remeter o feito para o juízo competente para conhecê-lo e decidi-lo. Já no tocante a qualificação das partes, deve ser mitigada a regra inserta no art. 319, II, do CPC, bastando ao autor declinar sua qualificação completa e qualificar o réu de forma a permitir a sua identificação, seja para responder ao feito, seja para sofrer as consequências da efetivação da tutela antecipada concedida".

²⁴⁹ SAMPAIO, Marcos Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*, p. 148. "Explicamos: Por exemplo, poderá ocorrer que o juiz ordene a busca e apreensão de menores, que de fato se encontrem em poder de terceiros que não os pais; nesse caso, entretanto, a posse dos menores não pertenceria à esfera jurídica desse terceiro – que apenas estaria em poder dos menores por uma situação típica e exclusiva de fato, assemelhada à detenção – mas, sim, a uma ou ambas as partes que estiverem litigando. A possibilidade de ocorrência dessa hipótese ou de outras similares, entretanto, em nada altera o que acima dissemos a respeito da limitação ou alcance subjetivo do exercício do poder geral de cautela, eis que, nesse caso, não há qualquer efeito jurídico incidindo na esfera de direitos pertencentes a terceiros não partícipes da relação processual, em que a providência cautelar fora emitida".

²⁵⁰ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 142.

pouco ou nenhuma eficiência tem àquele que busca a tutela jurisdicional. Um processo moroso reflete efeitos negativos para toda a coletividade.

Para abrandar tal efeito, o art. 798 do CPC/1973 consagrava poderes ao juiz, para determinar as medidas provisórias que julgasse adequadas, quando houvesse fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Vislumbrava-se como limite temporal, o fim do processo, de conhecimento ou execução.²⁵¹

Ainda hoje, como regra geral, não há forma própria ou prazo específico para que a medida seja aplicada. Contudo, deverá obrigatoriamente haver demonstração nos autos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, ocasionados pelo decurso do tempo, seguidos da plausibilidade das alegações.²⁵²

Há de se considerar a possibilidade de mudança no quadro fático que indique situação de urgência, até então não existente. Quando da utilização do poder geral de cautela, cabe aos juízes a determinação de providências efetivas para eliminação do perigo, sem atingir o caráter satisfativo. Tais medidas são efêmeras, algumas vezes limitadas a um curto período, podendo ser modificadas ou revogadas de acordo com as necessidades da demanda.

Questão relevante está implícita na relação entre tempestividade e efetividade do processo, que trava frequente luta entre a segurança e a celeridade, com o propósito de ser alcançado o almejado equilíbrio, conforme assevera Leonardo Ferres da Silva Ribeiro.²⁵³ Para o autor, o processo deve durar o tempo necessário para amadurecimento, entre síntese e antítese trazidas pelos demandantes, sem prejuízo de apreciação das garantias constitucionais, a fim de que a tutela jurisdicional seja efetivamente atingida.

Podemos entender, por certo, que há vinculação do poder geral de cautela à provisoriedade e a proporcionalidade, que implicará na dosagem do provimento cautelar a fim

²⁵¹ NETO, Olavo de Oliveira; NETO, Elias Marques de Medeiros; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 614, v. I. "Ainda se polemizava se o juiz poderia ou não conceder medidas cautelares, com base no poder geral de cautela, quando se tratasse de processo de execução, já que o art. 798, do CPC de 1973, utilizava a expressão '...antes do julgamento da lide...', que a evidência se referia ao processo de conhecimento. Aqui a solução da polêmica tendia a entender que havia apenas uma impropriedade no teor do preceito, que se referiu a julgamento quando em verdade procurava fixar como limite temporal o fim processo, fosse ele de conhecimento, fosse ele de execução".

²⁵² ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 179. "Esse "momento adequado" deve ser compreendido a partir da análise dos requisitos que informam a concessão da medida, ou seja, da "probabilidade do direito" e da "urgência". Tais requisitos podem, com efeito, não estar presentes por ocasião da propositura da demanda, aperfeiçoando-se no curso do processo e justificando um pedido incidental".

²⁵³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 68.

de afastar o dano e consagrar o caso concreto de forma equilibrada. A indispensabilidade da medida é transparente quando o juiz a aplica, de forma excepcional, para evitar danos com a própria duração do processo. Para tanto, o julgador, obrigatoriamente deverá demonstrar o *periculum in mora e o fumus boni iuris*.

Quando da utilização do poder geral de cautela, devem ser eleitas providências que sejam suficientemente aptas a neutralizar ou eliminar o perigo de dano, mas que não tragam em sua essência o caráter satisfativo.

3.3 A tutela provisória de urgência sob o ângulo da cognição

A tutela provisória de urgência, em sentido amplo, ao ser alcançada, é norteadada por cognição sumária, mediante a qual o juiz prepara a decisão que a concederá ou negará. Diante da colocação de Leonardo Ferraz da Silva Ribeiro: “[...] *independentemente da classificação que se adote, a tutela de urgência, como é curial, não pode prescindir de seu núcleo, seu elemento vital: a urgência em si mesma considerada*”.²⁵⁴

Tanto é verdade que o tema vem despertando interesse da doutrina. José Roberto dos Santos Bedaque²⁵⁵ destaca que as tutelas de urgência são caracterizadas pela sumariedade da cognição. Tal fato independe de serem definitivas ou provisórias, importando que sejam prestadas com urgência a fim de propiciarem a segurança necessária para a garantia do resultado útil do processo.

Kazuo Watanabe define, em obra clássica, a cognição como:

[...] um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas pelas partes, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.²⁵⁶

A cognição é a atividade do juiz com o propósito de considerar e avaliar as provas produzidas pela parte, que conduzam à formação de um juízo de valoração sobre as questões

²⁵⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferraz da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 86.

²⁵⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

²⁵⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 58-59.

suscitadas com o escopo de decidi-las.²⁵⁷ Mostra-se adequada quando prevista pelo legislador em função das características da relação jurídica litigiosa.

A profundidade da atividade cognitiva do juiz deve considerar as peculiaridades do litígio, como a urgência da tutela ainda que provisória. E quando atingida na exata medida das necessidades apontadas no plano material, representa fator relevante para o acesso à ordem jurídica justa, além de determinar o grau de imunização da sentença e seus efeitos. Luiz Guilherme Marinoni sustenta que os processos de cognição sumária não podem determinar a solução definitiva da lide.²⁵⁸

Ao mesmo tempo que não se pode deixar de considerar o direito à cognição adequada, não se deve afastar a celeridade que é essencial no alcance da tutela jurisdicional. Desse modo, os fatores referentes à cognição e ao tempo estão intrinsecamente relacionados às peculiaridades da situação substancial.

Para Kazuo Watanabe²⁵⁹ a cognição apresenta-se em dois planos distintos, sendo um horizontal, quanto à extensão e amplitude, e o outro vertical no que se refere ao grau de profundidade. A cognição horizontal tem por escopo os elementos objetivos do processo (pressupostos processuais, condições da ação e mérito), desmembrando-se em plena ou parcial (limitada). Através da cognição plena o juiz conhece toda a lide, o que não ocorre através da cognição parcial na qual o conflito de interesses não é objeto de pleno conhecimento pelo julgador. No plano vertical, a cognição vincula-se ao grau de profundidade dividindo-se em exauriente (completa) e sumária (incompleta).

A cognição no plano vertical, na lição de Luiz Guilherme Marinoni, está associada à intensidade de relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, ou seja, ao grau de cognição do objeto, podendo ser exauriente, sumária e superficial.²⁶⁰

À cognição plena e exauriente, com suas garantias peculiares, contrapõe-se a cognição sumária como reflexo de uma limitação no plano vertical (profundidade). Embora a cognição se estabeleça sobre todas as questões do processo, na realidade é superficial. Trata-se de

²⁵⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 77. “[...] É ato complexo que demanda do juiz várias decisões incidentes e interlocutórias antes de chegar na decisão definitiva, alternando-se entre questões processuais e de mérito. Está presente, portanto, em maior ou menor grau, em todos os tipos de processo”.

²⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. t. São Paulo: RT, 1994, p. 25.

²⁵⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 111-112.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. t. São Paulo: RT, 1994, p. 22.

cognição ampla em extensão, mas sumária, ou seja, superficial quanto à profundidade. Nesse mesmo sentido, posiciona-se Eduardo Arruda Alvim.²⁶¹

Cabe ponderar que em dadas situações, especificamente no que concerne à tutela provisória, além da cognição sumária que implica limitação quanto à profundidade, pode ocorrer uma cognição parcial, limitada no plano horizontal (quanto à extensão).²⁶² A partir da cognição sumária, o juiz está apto a tomar a decisão com base em elementos verossímeis, que lhe foram disponibilizados, sem aprofundamento das questões trazidas pelas partes o que ocorrerá em momento posterior.

Tratando-se de um juízo de plausibilidade e/ou probabilidade e não de certeza, a decisão tomada com base em uma cognição sumária é essencialmente provisória, sujeitando-se à confirmação por ato posterior, quando ocorre a cognição exauriente. Nesse sentido, concordamos com aqueles que asseveram que a sumariedade da cognição é uma das características da tutela provisória, sem deixar de reconhecer que a recíproca não é verdadeira.

Assim, a tutela de urgência está lastreada em cognição sumária, mas nem todo provimento baseado em cognição sumária pode ser tido como tutela de urgência. Oportuna a colocação de Luiz Fux que não associa a situação de urgência à sumariedade da cognição:

[...] A atividade sumária não tem correlação com o grau de convencimento do juízo acerca do direito, revelando-se em expediente autorizativo de um julgamento com base em ‘lógica razoável’ em função da necessidade de se prover de imediato. Mas nada obsta a que se tenha que prover de imediato com base em *direito evidente*. Destarte, se o direito não for evidente, mas se tornar premente a tutela, autoriza-se a sumarização da cognição com o provimento imediato calcado em juízo de mera probabilidade, como sói ocorrer com a tutela cautelar. O mesmo fenômeno ocorre em sede de ‘tutela de segurança’, com a peculiaridade de que o provimento pode retratar no plano da realizabilidade prática uma solução *secundum eventum litis*, irreversível, cujo regime há de ser igual ao das decisões definitivas expedidas após cognição exauriente. Esta, em nosso entender, vai depender do material jurídico-probatório levado ao juízo. O direito evidente, fartamente comprovado, admite uma cognição rápida, sumária e exauriente. Há outros casos em que, mercê da urgência, o direito não parece evidente ao juízo, mas a lei o autoriza a prover com base apenas naquela ‘aparência’, valorizando a ‘celeridade’ em detrimento da ‘segurança’ do julgado. Por

²⁶¹ ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 22. “*Importa destacar que a sumariedade da cognição, que caracteriza os provimentos provisórios em análise, não significa que o juiz deva ter conhecimento de parte dos atos, mas sim que deva ter conhecimento superficial deles, que será aprofundado no curso do processo, antes da prolação da decisão final, após cognição exauriente, ressalvada a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (cf. art.304, caput do CPC/2015), em que há, pelas partes, conformação (ainda que temporária, dada a possibilidade de rediscussão – confirmação, revisão, reforma ou invalidação da tutela provisória – em demanda posterior, cf. art. 304, § 2º do CPC/2015) com a decisão antecipatória. [...]”*”

²⁶² RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 78. “[...] *Veja-se como exemplo a concessão de uma tutela liminar inaudita altera parte (antes de realizado o contraditório). Nessa hipótese o juiz só tem conhecimento parcial dos fatos e há, sob esse aspecto, uma limitação horizontal (quanto à extensão), na medida em que só uma das partes teve a oportunidade de levar seus argumentos à apreciação do juízo”*.

isso que não nos parecem indissolúvelmente ligados os conceitos de cognição sumária e juízo de probabilidade, podendo haver cognição sumária e direito evidente.²⁶³

Para João Batista Lopes a cognição no processo cautelar ocorre de forma sumária, cabe ao juiz apenas identificar a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Conforme estudado, trata-se de uma tutela de segurança sem caráter satisfativo.²⁶⁴ Na própria lição trazida por Calamandrei a tutela cautelar tem caráter mediato, com o propósito de garantir o eficaz funcionamento da justiça.

A sumarização²⁶⁵ merece aplausos por ser uma forma imprescindível de reduzir o tempo para que o provimento jurisdicional seja atingido em forma de liminar. Não importa que o provimento seja alcançado *inaudita altera parte* ou após a justificativa prévia, sendo conduzido por cognição sumária. A sumarização torna-se necessária, pois o conceito de efetividade está intimamente associado à noção de rapidez na solução do litígio. Donaldo Armelin pontua que:

[...] essa permanente necessidade de adaptação da tutela jurisdicional e de seus instrumentos à sua finalidade vê-se, no presente, exacerbada pela constância e crescimento indesejável do fenômeno da demora na prestação jurisdicional, o qual, embora não adstrito apenas ao nosso país, repercute negativamente na efetividade de tal prestação, impondo a adoção de várias medidas direcionadas à sua atenuação, em sendo impossível a sua total erradicação.²⁶⁶

A cognição sumária ocorre quando o juiz tem uma cognição superficial dos fatos trazidos pelos demandantes, composta por níveis de intensidade e profundidade distintos. Em razão da existência dos graus diferenciados da sumarização da cognição, Luiz Guilherme Marinoni²⁶⁷ observa que esses graus não estão atrelados à cronologia do provimento jurisdicional, durante o trâmite procedimental, mas dependem diretamente da relação entre o fato alegado e as provas produzidas.

A título de exemplo, destaca a diferença quanto ao grau de cognição, entre a liminar concedida na tutela cautelar antecedente e a concedida no procedimento do mandado de segurança. A liminar concedida na tutela cautelar antecedente é conduzida pelo juízo de probabilidade, na certeza de que a afirmação será demonstrada futuramente, diferente da liminar

²⁶³ FUX, Luiz. *Tutela jurisdicional: finalidade e espécie*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. vol. 14. n. 2, p. 153-168. Brasília: STJ, jul.-dez. 2002.

²⁶⁴ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009, p. 59. “[...] Por exemplo, o arresto é apreensão judicial de bens para garantia de futura execução”.

²⁶⁵ DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 155. “A “sumarização” do processo consiste, fundamentalmente, em produzir um corte no conflito de interesses, cindi-lo em partes, permitindo, inclusive, que seja levado ao juiz o conhecimento de apenas uma parte do conflito de interesses. Com isso, outros pontos do conflito de interesses poderão ser objeto de futura discussão”.

²⁶⁶ ARMELIN, Donaldo. *Tutela jurisdicional diferenciada*. Revista de Processo n. 65. São Paulo: RT, 1992, p. 45.

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017.

do mandado de segurança, deferida com base em juízo de probabilidade de que a informação não restará provada, em sentido contrário, pelo réu.

A diferença na prestação da tutela jurisdicional passa pelo aspecto da cognição. Por um lado, há exigências específicas do direito material por uma tutela adequada e, por outro lado, há técnicas e soluções do direito processual no tocante à intensidade e amplitude da cognição.²⁶⁸

Às formas de tutela jurisdicional correspondem tipos diversos de cognição.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni:

A cognição é, antes de tudo, uma relação entre o sujeito (cognoscente) e o objeto (cognoscível). Esta relação entre o sujeito e o objeto se dá através da função intermediária da cognição. A cognição, inobstante, pode ter seu grau de intensidade (vertical) ou de amplitude (horizontal) diversificado, atendendo-se, diante da perspectiva da efetividade do processo, à peculiaridade da pretensão de direito material a ser tutelada. É que se levando em conta a pretensão de direito material, é possível concluir-se, através da adequação da cognição que lhe é própria, qual a forma de tutela que lhe é mais compatível.²⁶⁹

Na cognição sumária o grau de conhecimento é menor, quase sempre fundado em um juízo de aparência do direito, ou seja, não há análise da lide com profundidade.²⁷⁰ À luz do CPC/1973, embora a cognição sumária da tutela cautelar apresentasse características distintas da cognição sumária da tutela antecipatória, ambas as cognições são consequências lógicas da existência de situações de perigo.

Referidos episódios conduzem a situações de urgência, não permitindo cognição exauriente do objeto cognoscível. Por esta razão, a tutela cautelar busca um juízo de probabilidade e de verossimilhança. O juízo de probabilidade e de verossimilhança são opostos ao juízo de certeza, fazendo menção à cognição própria das ações sumárias antecipatórias, das ações cautelares e das liminares.

A doutrina posicionou a cognição sumária e a superficial, de um lado, e a cognição exauriente de outro. A cognição exauriente recai sobre o fato, ao passo que a cognição sumária recai sobre a afirmação do fato.²⁷¹

²⁶⁸ DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 156. “*O professor Kazuo Watanabe já afirmou que, “se de um lado, há exigências próprias do direito material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas e soluções específicas do direito processual, não somente quanto à natureza do provimento, como também no tocante à duração do processo, à eventual antecipação da tutela, à intensidade e amplitude da cognição, e a muitos outros aspectos”*”.

²⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. t. São Paulo: RT, 1994, p. 21.

²⁷⁰ Idem, p. 23. “*A cognição sumária é uma cognição menos aprofundada em sentido vertical. É a cognição própria das situações de aparência, ou melhor, dos juízos de probabilidade. Trata-se de cognição pertinente aos procedimentos que não permitem, em razão de uma determinada situação, a cognição aprofundada do objeto litigioso*”.

²⁷¹ DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 159.

Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira também retratam que o grau de cognição varia de acordo com a espécie da tutela de urgência:

[...] para conceder uma tutela de urgência antecipada deverá o juiz realizar cognição sumária, examinando com um grau médio de profundidade a causa, enquanto para conceder uma tutela de urgência cautelar deverá o juiz realizar cognição superficial, examinando a causa num grau mais leve de profundidade. A tutela antecipada, por ser satisfativa, exige um maior grau de segurança na sua concessão, o que somente é possível com a constatação de uma alta probabilidade de reconhecimento da pretensão levada a juízo. Já a tutela cautelar, que apenas presta segurança ao provimento definitivo e que nada satisfaz, exige um grau menor de probabilidade da pretensão. Há uma proporção inversa entre o potencial de dano que pode decorrer dessas medidas, maior no provimento antecipatório do que no cautelar, e a segurança que se exige para a sua concessão.²⁷²

Conforme visto, a cognição sumária utilizada no âmbito das tutelas provisórias, revela que nem toda cognição sumária é urgente.²⁷³ Contudo, importa ressaltar que o traço marcante da tutela de urgência reside no *periculum in mora*.

No âmbito das tutelas proferidas, com base em cognição sumária, a doutrina entende que as decisões não ficam acobertadas pela autoridade da coisa julgada, não se fundam na certeza e sim na probabilidade do direito. O juiz se limita a afirmar a probabilidade ou plausibilidade do direito invocado, de acordo com os elementos disponíveis naquele grau de cognição afetado por uma limitação vertical.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina²⁷⁴ esclarecem que eventual irreversibilidade do estado das coisas, alcançada através de tutela provisória, não pode ser confundida com o fenômeno da coisa julgada material. Ilustram com o exemplo de uma ação cautelar de busca e apreensão de menor ou, ainda, de uma ação de antecipação de tutela para autorizar uma transfusão de sangue.

Cumprida a decisão emanada, com base na cognição sumária, há a entrega definitiva do bem pleiteado ao autor. Ainda que não seja possível o retorno ao *status quo ante* naquele mesmo processo, o estado de coisas pode vir a ser alterado por nova decisão judicial, em outro processo, o que impede a formação da coisa julgada material.

²⁷² OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 68-69.

²⁷³ WAMBIER, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 90. “As tutelas de urgência, por exemplo, realizam-se habitualmente, com base em cognição sumária. Mas não se pode dizer que a sumariedade da cognição se manifesta apenas nas tutelas de urgência, pois há casos, no sistema jurídico-processual, em que a urgência, no sentido de ineficácia da prestação jurisdicional, não é requisito para a realização de medidas judiciais fundadas em cognição sumária. No caso do art. 273, II, do CPC, por exemplo, permite-se a antecipação dos efeitos da tutela, não se exigindo a demonstração de *periculum in mora*; semelhantemente do que ocorre para a concessão de liminar em ação possessória, se o esbulho datar de menos de ano e dia (cf. arts 920 e 928 do CPC); etc”.

²⁷⁴ Idem, p. 128-130.

Em nosso sentir, também concordamos com o posicionamento de que o reconhecimento da imutabilidade fática não se confunde com a coisa julgada material. Embora a situação fática possa ser irreversível, de acordo com a alteração no mundo dos fatos, assim não será juridicamente.²⁷⁵

Na sequência, conforme será abordado abaixo, entendemos que a variação do grau de cognição está diretamente vinculada à espécie de tutela. Para a concessão da tutela de urgência antecipada, o juiz realiza cognição sumária, com um grau médio de profundidade, enquanto para a concessão da tutela de urgência cautelar, o juiz realiza cognição superficial examinando a causa com grau mais leve de profundidade.

3.3.1 Os efeitos do tempo e a tutela provisória de urgência

A preocupação de processualistas pátrios, em identificar os fatores atinentes à morosidade processual, conduz a uma tendência para adoção de mecanismos de sumarização a fim de que processo e procedimento sejam mais céleres, principalmente quando o direito do autor possa restar prejudicado em razão da demora na prestação jurisdicional.

Acrescenta João Batista Lopes²⁷⁶ que uma leitura abreviada pode conduzir ao erro da equiparação dos vocábulos *celeridade* e *efetividade*, ao desconsiderar que celeridade é um componente da efetividade. Em síntese, assevera que a solução rápida pode nem sempre se mostrar a mais adequada.

José Roberto dos Santos Bedaque, pautando pelo mesmo raciocínio, registra que *“processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”*.²⁷⁷

²⁷⁵ CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgência cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 298-299. *“A transformação do estado de fato em decorrência da execução de uma tutela de urgência é uma alteração válida no mundo dos fatos e que, muitas das vezes, é faticamente (e não juridicamente) irreversível. Verificada a inexistência do direito, após a necessária cognição exauriente, as coisas devem voltar ao status quo ante, quando isso for possível. Trata-se de responsabilidade processual, decorrente do risco inerente ao processo. Nos casos em que a execução da tutela de urgência acarretar um estado fático irreversível e houver dano à parte contrária ou terceiro, a lei processual determina a recomposição pecuniária. O Judiciário não pode permitir e até mesmo ‘ajudar’ o enriquecimento injustificado daquele que o próprio processo demonstrou não ter razão. Portanto, se houver constatação de um dano, deverá determinar a recomposição da parte no próprio processo ou, quando provocado, também deverá socorrer terceiros prejudicados pela execução daquela tutela de urgência, nas hipóteses em que houver efetivo nexo de causalidade entre a execução da tutela de urgência e o dano verificado”*.

²⁷⁶ LOPES, João Batista. *Reforma do judiciário e efetividade do processo civil*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005. p. 327-342.

²⁷⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

Conforme trazia a doutrina, à luz do CPC/1973, o processo cautelar transformou-se em técnica de sumarização como solução à ineficiência do então procedimento ordinário. Tal fato desencadeou a utilização indiscriminada da tutela cautelar, talvez como fruto da tentativa de busca de tutelas sumárias com vista à obtenção de uma sentença rápida com o propósito de tornar eficaz o direito material.²⁷⁸

A questão não se apresentou e não se apresenta de forma pacífica. Várias modalidades de tutelas cognitivas urgentes causam polêmica entre os processualistas, principalmente entre os que entendem que há mitigação de determinadas garantias processuais. O fato é provocado pelo nascimento da ideia de uma tutela mais célere, com cognição limitada, que se contrapõe à tutela com cognição plena.²⁷⁹ Registre-se que, em um primeiro momento, a cognição realizada pelo juiz é vista como sumária, mostrando-se parcial, ou seja, quando o juiz tem acesso à parte dos fatos que foram deduzidos pelo autor. Posteriormente, a sumariedade passa a não ser mais pautada no conhecimento de parte dos fatos, mas pelo modo superficial como a atividade cognitiva se opera.

Na maioria das vezes o tempo ao normal desenvolvimento do processo, até provimento final, representa um verdadeiro obstáculo à tutela de direito.²⁸⁰ O tempo é um dos grandes rivais do que seja o ideal de efetividade do processo, a morosidade representa um fator enfático das disparidades entre as partes.²⁸¹

²⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. t. São Paulo: RT, 1994, p. 17-18. “A proliferação das medidas cautelares nada mais é do que fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massa, que torna inaceitável a morosidade jurisdicional imposta pelas formas tradicionais de tutela. Deveras, a não adaptação de um sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade, e as novéis necessidades advindas do dinamismo do mundo moderno, fez com que aflorassem as frustrações psicológicas no homem, hodiernamente tão marcado pela ideia de imediatidade[...]”.

²⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 116. “A técnica de tutela sumária, cautelar ou não, se contrapõe a da cognição plena. Esta se caracteriza pela precisa regulamentação dos atos do procedimento, bem como dos poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos do processo. O contraditório efetivo e equilibrado se realiza sempre antes do provimento, que se torna imutável, adquirindo a qualidade da coisa julgada formal e material”.

²⁸⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*. RePro 66/72-78. Abr.-jun./92. “É bem de ver que o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo de crise da justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera ex radice o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social. Despiciendo salientar que justiça tardia corresponde a verdadeira denegação de justiça...”.

²⁸¹ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 40. “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinhos são culpados, que a lassidão comum vais tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente”.

Por outra vertente, ainda que a duração processual seja rápida, os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser respeitados, de modo que sempre haverá um determinado tempo para a prestação da tutela almejada. Essa duração normal do processo é chamada de “*fisiológica*”, em oposição à duração “*patológica*” provocada pela má prestação dos serviços judiciários ou por atos que possam obstar a efetividade da tutela jurisdicional.²⁸²

Frente à necessidade de combater a duração ou demora patológica do processo e da existência de questões fáticas que impeçam o autor de suportar a demora fisiológica do processo, o legislador viu-se obrigado a introduzir, no ordenamento processual, mecanismos para contornar referidos obstáculos. Um desses mecanismos é a tutela cautelar, objeto do estudo, que com regras e princípios próprios serviu como amparo às necessidades dos jurisdicionados, assim como de meio jurídico, em casos de urgência.

Como é sabido, a função primordial da jurisdição é extinguir as crises jurídicas decorrentes dos conflitos de interesses oriundos da sociedade, sendo o processo o instrumento adequado e assegurado para solucionar tais crises. Todavia, o caminho percorrido pelo processo, além de garantir segurança à decisão a ser proferida, demanda tempo.

O fator *tempo* transpassa todo o processo, interna ou externamente. No âmbito interno, no que toca a sua estrutura, este fator é imprescindível para o desenvolvimento processual de acordo com as regras e princípios inerentes. Externamente, o processo deve produzir os efeitos no momento oportuno para garantir ao jurisdicionado o que de direito. E para conciliar os dois vetores, conforme delineado, são criadas técnicas para proteger o direito de eventual lesão ou para permitir a produção antecipada de seus efeitos. Não fosse assim, não seria inserida a tutela de urgência no sistema processual vigente.

Athos Gusmão Carneiro²⁸³ apontava a existência de uma fase de conscientização da importância de redistribuição do ônus do tempo dentro do processo, o que contribuiu para a criação de formas diversas de tutela. Segundo o autor, referido ato também se dava através de técnicas de preservação, provisória e temporária, dos interesses do litigante que pudesse incorrer em prejuízo grave provocado pela duração do processo. Tratava-se da categoria pertencente à tutela provisória de urgência.

O tempo aparece como obstáculo ao direito material pleiteado ou ao próprio processo, o que induz a luta do processualista moderno para enfrentar essa questão. Quanto maior a demora da efetivação da tutela jurisdicional, maior a probabilidade dessa satisfação não ser completa. Por outro lado, não se pode olvidar que pode existir a impossibilidade de entrega

²⁸² GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

²⁸³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 5.

imediate da prestação, pois que a efetiva existência do direito demanda cuidadoso exame dos fatos alegados. Talvez a maior questão a ser enfrentada, seja a harmonização desses quesitos opostos.

No plano processual um obstáculo significativo, à plena efetividade do direito material, encontra-se nas hipóteses em que sua atuação não ocorre voluntariamente. Tal fato decorre da longa duração dos processos, independente da situação patológica do sistema judiciário brasileiro.²⁸⁴ Além da necessidade de preordenação dos instrumentos processuais aptos a alcançar a efetiva, adequada e tempestiva tutela dos direitos, há circunstâncias essenciais à prestação dos serviços judiciais.²⁸⁵

Superada a preocupação genérica com a delonga na prestação da tutela jurisdicional, não se descarta que o tempo pode atuar como um fator de corrosão dos direitos, atravancando a fruição do direito tutelado. Por vezes, mostra-se inimigo dos direitos tornando-se responsável por danos irreparáveis.²⁸⁶

Não se defende uma aceleração a todo custo, mas a busca de um provimento jurisdicional de urgência como fonte de proteção do jurisdicionado. Com o propósito de amenizar os efeitos devastadores do tempo, a instituição da tutela provisória mostrou-se útil, não apenas para garantir a efetividade da jurisdição (efeitos da tutela), mas também para redistribuição do ônus do tempo do processo. Nos dizeres de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno

²⁸⁴ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 33-34. “O benefício criado através da existência de um poder autônomo, de livre acesso e imparcial, que possui a função de compor as lides sociais, não pode ser enterrado pelo “problema” da ineficiência do poder judiciário. Exemplo categórico da irônica realidade criada pela demora da prestação jurisdicional é o que segue, consoante despacho do magistrado catarinense Cláudio Márcio Areco Jr.: Havia uma época em que o mundo vivia a contracultura, ouvindo “The Beatles”, que eram sucesso nos Estados Unidos, Woodstock/70 ainda estava sendo planejada, Joplin e Hendrix estavam vivos, o Brasil ditatorial ainda não havia iniciado os “anos de chumbo”, era bicampeão mundial de futebol e não possuía nenhum de seus oito títulos mundiais de Automobilismo-F1. A televisão, transmitida em preto e branco, ainda não havia maravilhado o mundo com as imagens de Neil Armstrong pisando o solo lunar.[...] Este magistrado ainda não havia nascido.[...] Profético Zuenir, saiba que a presente lide, iniciada em 1968, ainda não terminou. Intimem-se as partes para que tomem ciência da juntada do laudo pericial de fls. 880/1”.

²⁸⁵ WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*, apud *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3. “[...] como a organização judiciária, recrutamento de juízes efetivamente preparados e com mentalidade aberta e capaz de perceber a permanente e rápida transformação da sociedade contemporânea, remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça, organização de pesquisa permanente das causas da litigiosidade e dos meios de sua adequada solução judicial e extrajudicial, além de outras providências igualmente importantes”.

²⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed., rev. e atual. Segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017, v. I, p. 254-255. “Há situações em que o direito perecerá por inteiro quando chegado o momento do mal definitivo, sem qualquer utilidade da tutela específica. Exemplos: a) o concurso público vem a realizar-se antes que o juiz conceda a segurança para que seja aceita a inscrição do candidato excluído pela comissão de concurso; b) o protesto de uma cambial é realizado antes da medida judicial destinada a sustentá-lo; c) testemunha importante para o esclarecimento dos fatos vem a falecer antes de chegado o momento procedimental adequado a tomar-lhe o depoimento”.

Braga e Rafael Oliveira: “*Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele*”.²⁸⁷

Não se pode repelir o fato de que a tutela de urgência, acolhidas as ponderações anteriores, somente é justificável quando o tempo natural do processo estiver apto a lesionar o direito do jurisdicionado.²⁸⁸

O vagaroso andar do processo repercute em uma fonte exclusiva de dano à parte, como o dano marginal mencionado por Italo Andolina. Em nosso ver, no âmbito da tutela de urgência procura-se reduzir o risco de dano, diverso do dano marginal, que não flui do processo, mas sim da lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito da parte. Não existem dúvidas de que a prestação da tutela pelo Estado, apenas ao final do processo, pode afastar a proteção ao direito pleiteado, repercutindo negativamente no resultado prático a ser obtido.

3.4 Classificação das tutelas provisórias de urgência

De acordo com a normatização do texto do CPC, imprescindível a compreensão do termo tutela e suas principais características. William dos Santos Ferreira,²⁸⁹ didaticamente, fraciona o vocábulo *tutela* em duas vertentes, atribuindo-lhe um significado em sentido amplo (*lato sensu*) e outro em sentido estrito (*stricto sensu*). Em sentido amplo, a tutela corresponde ao alcance daquilo que o direito material reserva ao demandante possuidor de razão. Em sentido estrito, está vinculada ao provimento jurisdicional que garantirá à parte a obtenção do bem pretendido.²⁹⁰

Relevante traçar algumas considerações sobre a tutela jurisdicional, a qual incide sobre o processo como um instrumento hábil a produzir um resultado efetivo para os envolvidos. Precisamente, Cândido Rangel Dinamarco define:

A tutela jurisdicional, assim enquadrada no sistema de proteção aos valores do homem, não se confunde com o próprio serviço realizado pelos juízes no exercício da função jurisdicional. Não se confunde com a jurisdição. A tutela é o resultado do

²⁸⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.*, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 583, v. 2.

²⁸⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 129. “*O perigo de dano vinculado simplesmente à demora do processo, sem qualquer fato superveniente que venha a ameaçar de forma concreta a satisfação do direito e a efetividade da tutela de cognição plena, também não pode justificar a emissão do provimento cautelar, com fundamento no poder geral de cautela*”.

²⁸⁹ FERREIRA, William dos Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000.

²⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5. No que diz respeito ao verbo: “[...] tutelar (do latim *tueor, tueri* = ver, olhar, observar, e, figuradamente, velar, vigilar) significa proteger, amparar, defender, assistir”.

processo em que essa função se exerce. Não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo sobre as relações entre as pessoas.²⁹¹

José Roberto dos Santos Bedaque²⁹² contribui para o alcance do exato significado da tutela jurisdicional a partir do fenômeno processual de quem tem razão. Esclarece que o propósito do processo é a tutela, seja da situação material do autor seja da situação do réu, sendo imprescindível para a pacificação definitiva. A tutela jurisdicional é uma tutela efetiva de direitos ou de situações do processo, pondo em relevo a situação do processo como fator de garantia do direito material.²⁹³

Com maior amplitude da locução, sem manifestar entendimento em sentido adverso, Flávio Luiz Yarshell acrescenta:

Não parece incorreto, contudo, admitir maior abrangência da examinada locução – *tutela jurisdicional* - para com ela designar não apenas o *resultado* do processo, mas igualmente os *meios* ordenados e predispostos a obtenção desse mesmo resultado. A *tutela*, então, pode também ser divisada no próprio *instrumento*, nos atos que o compõem e bem ainda nos “princípios”, “regramentos” ou “garantias” que eles são inerentes.²⁹⁴

A partir da premissa de que o processo é meio para o Estado atuar na resolução de conflitos, o simples fato de existir não confere a eficácia que dele se espera. A garantia de acesso à justiça deve vir acompanhada de instrumentos hábeis a lhe conferir efetividade.²⁹⁵

Não é difícil perceber que a tutela jurisdicional, deve culminar na efetividade do resultado prático proporcionado à realidade experimentada pelos demandantes. A tutela representa o elemento de realização e satisfação do poder judiciário que espelha, nos planos fático e jurídico, a situação concreta a que é aplicada. Em contrapartida, inexistente a tutela jurisdicional se o comando enunciado, na sentença, se restringir à sentença e não se mostrar eficaz na realidade prática da vida dos litigantes.

²⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*. Revista de Processo – RePro, n. 81, p. 54-81, jan./mar. 1996.

²⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63-64.

²⁹³ DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 148. No mesmo sentido: “[...] *tutela jurisdicional tem um significado de proteção de um direito ou de uma situação jurídica, pela via jurisdicional. Implica a prestação jurisdicional em favor do titular de uma situação substancial amparada pela norma, caracterizando a atuação do direito a casos concretos trazidos à apreciação do Poder Judiciário*”.

²⁹⁴ YARSHELL, Luiz Flávio. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 30-31.

²⁹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal* (processo civil, penal e administrativo). 9. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 172. “*Pelo princípio constitucional ao do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio*”.

José Roberto dos Santos Bedaque classifica as tutelas jurisdicionais em dois grandes grupos:

As tutelas jurisdicionais dividem-se, portanto, em dois grandes grupos: aquelas destinadas a afastar definitivamente a crise verificada no plano das relações da vida pela não atuação espontânea da regra de direito material; e as que têm por escopo possibilitar soluções urgentes e provisórias, a fim de que as primeiras possam servir como instrumento efetivo de aplicação das regras substanciais e de pacificação. Estas são instrumentos diretos das outras e só repercutem no plano substancial na medida em que isso seja necessário para assegurar provisoriamente o resultado definitivo.²⁹⁶

Por outro lado, o autor citado também admite a classificação da tutela jurisdicional em função do caráter de urgência e da profundidade da cognição. Por esse ângulo, as tutelas de urgência, precedidas de cognição sumária, são divididas em definitivas e provisórias. As definitivas, como as de cognição exauriente, têm aptidão para definir o litígio, representam a resposta final alcançada no âmbito jurisdicional e são marcadas pela sumariedade da cognição. As provisórias, embora também precedidas de cognição sumária, são prestadas de forma urgente, marcadas por soluções provisórias com a função de segurança para o resultado último. Não se mostram aptas a produzir esse resultado, mas contribuem para que ele se verifique com o maior grau de utilidade possível.²⁹⁷

As tutelas de urgência devem estar associadas à efetividade da prestação jurisdicional, de modo que seja assegurado ao indivíduo o direito de pleitear em juízo o que entenda ser justo. Sobretudo, é necessário que o pleito seja realizado em tempo hábil e que o resultado seja útil, assim como sejam disponibilizados, ao autor, instrumentos que lhe confirmem efetividade no acesso à justiça.

A efetividade esbarra no fator tempo, que mais parece vinculado à segurança do provimento jurisdicional do que à efetividade do processo. Por longo período prevaleceu, no direito processual, a segurança de que o provimento jurisdicional trouxesse a correspondência entre o pedido do autor e uma hipotética atuação espontânea do réu.²⁹⁸ Assim ocorria, porque poucos tinham acesso ao processo e o tempo que se levava à prolação de uma decisão não afetava o direito material como um todo.

²⁹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 258-259.

²⁹⁷ DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 200. “Ambas são precedidas de cognição sumária. Todavia, as definitivas levam a uma solução definitiva, enquanto que as provisórias, como o próprio nomen dicitur, propiciam soluções transitórias”.

²⁹⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 649. “É quase notório que até as últimas quatro décadas a preocupação única era voltada com a segurança, já que o problema do tempo no processo e o exercício abusivo das faculdades processuais ainda não comprometiam de forma perceptível a efetividade, até porque o processo era utilizado por poucos”.

Em contrapartida, com o advento da CF, a preocupação com o acesso à justiça ganhou espaço, assim como a efetividade desse ato, sem que a moldura constitucional deixasse de abranger todas as medidas cautelares ou antecipatórias, destinadas à proteção do direito.

O compromisso para realização de processos justos, conforme notado, colide com o tempo e o propósito de reduzi-lo para oferta da imediata resposta aos conflitos, nem sempre se amolda a uma decisão justa. A preocupação quanto ao tempo de resposta, à solução dos litígios submetidos ao Estado-juiz, culminou na indispensabilidade de institutos para superar este entrave.

Nesse contexto, o instituto denominado tutela provisória de urgência se exterioriza através da tutela jurisdicional antecipada e da tutela cautelar, que se valem de cognição sumária para afastar os efeitos nocivos do decurso do tempo, outorgando efetividade à jurisdição e ao alcance do direito material buscado.

A tutela jurisdicional tem natureza urgente quando responsável por situações nas quais o pronunciamento jurisdicional deva ser proferido de imediato, através de tutelas antecipatórias e assecuratórias, servindo-se da cognição sumária, a considerar o perigo de dano ao direito material envolvido.

Almeja o resultado rápido que a jurisdição não pode deixar de alcançar, nas situações cotidianas diversas, o que ocorre através de um pronunciamento jurisdicional obtido antes do esgotamento da cognição, conforme posicionamento jurisprudencial dominante.²⁹⁹

²⁹⁹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C RESSARCITÓRIA. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. PLANO DE SAÚDE. DEGENERÇÃO MACULAR RELACIONADA À IDADE. TRATAMENTO OCULAR QUIMIOTERÁPICO COM ANTIANGIOGÊNICO. NEGATIVA DE CUSTEIO EM FACE DE NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES DESCRITAS PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE E AUSÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL. ALEGAÇÕES INFUNDADAS. TERAPIA NECESSÁRIA PARA IMPEDIR AVANÇO DA DOENÇA. DEFINIÇÃO EXCLUSIVA DO PROFISSIONAL MÉDICO. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DO DEFERIMENTO DA MEDIDA. EXEGESE DO ART. 300 DO CPC/2015. RECURSO DESPROVIDO. I- Tratando-se de medida emergencial de caráter excepcionalíssimo, a tutela de urgência antecipada somente deve ser concedida quando existentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, tudo conforme o disposto no art. 300, caput, do novo Código de Processo Civil. II- In casu, ficou demonstrada a probabilidade do direito alegado, matizada na comprovação de ser a Autora portadora de pseudofacia e degeneração macular relacionada à idade em ambos os olhos, sendo-lhe recomendada, como meio necessário para evitar que a doença avance, a continuação do tratamento ocular quimioterápico com antiangiogênico de cobertura obrigatória, conforme previsto em resolução normativa da Agência Nacional de Saúde, havendo somente exclusão contratual expressa de procedimento não listado no respectivo. Por sua vez o requisito da existência do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo encontra-se sobejamente demonstrado, uma vez que a redução do risco de evolução da doença da paciente depende do tratamento com o aludido medicamento. Assim, sem ou tratamento com a terapia intravítrea com substância antiangiogênica, conforme prescrito pelo especialista a Recorrida terá seu estado de saúde agravado, razão pela qual a manutenção da decisão de primeiro grau é medida que se impõe”. (TJSC, AI: 0025719-82.2016.8.24.0000, de Jaraguá do Sul. Relator: Joel Figueira Júnior. Quarta Câmara de Direito Civil. julgado em: 11/08/2016.). Disponível em: <

A tutela jurisdicional, oferecida pelo Estado-juiz, pode ser definitiva ou provisória. Para o CPC a tutela provisória é gênero da tutela jurisdicional e resume-se na tutela jurisdicional não definitiva, prestada através da execução do que foi decidido a título de tutela de urgência (artigos 300 a 310 do CPC), de tutela de evidência (art. 311 do CPC) ou de cumprimento provisório da sentença (artigos 520 a 522 do CPC além da provisoriedade de decisões liminares fundadas nos artigos 536 a 538 do CPC).³⁰⁰

Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. Oliveira apontam como características essenciais à tutela provisória:

a) a *sumariedade da cognição*, vez que a decisão se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um *juízo de probabilidade*; b) a *precariedade*. A princípio, a tutela provisória conservará sua eficácia ao longo do processo, ressalvada a possibilidade de decisão judicial em sentido contrário (art. 296, parágrafo único, CPC). Mas ela poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 296, *caput*, CPC); c) e, por assim, fundada em cognição sumária e precária, a tutela provisória é *inapta* a tornar-se indiscutível pela coisa julgada.³⁰¹

Podemos compreender que a tutela provisória ultrapassa barreiras para a adequada entrega da prestação jurisdicional. Essa foi a preocupação do legislador ao disciplinar a tutela provisória, a fim de resguardar as situações de urgência conforme art. 300 do CPC, que pressupõe a constatação de probabilidade do direito e do perigo da demora.³⁰² Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira esclarecem que:

Em certos casos, a prestação da tutela pelo Estado apenas no final do processo faz com que o direito pleiteado possa não ser devidamente protegido, razão pela qual a necessidade de uma antecipação da tutela que seria prestada no final do procedimento, isso como forma de evitar o perecimento do próprio direito material posto em juízo. Nestes casos, onde a prestação da tutela deve ser feita de modo rápido é que encontramos o campo de atuação da hodiernamente denominada tutela provisória de urgência, o que nos fez afirmar no item relativo à classificação, repita-se, que a tutela provisória é urgente quando há perigo iminente de perda ou de lesão do direito que a parte declara ter, o que implica na necessidade da obtenção de uma prestação jurisdicional rápida.³⁰³

³⁰⁰ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 2.

³⁰¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 582, v. 2.

³⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 20, v. 2. O legislador também enseja a tutela provisória quando a defesa do réu é *inconsistente*, ou seja, se manifesta de forma abusiva ou não afasta a probabilidade decorrente da fundamentação do autor nos termos do art. 311 do CPC.

³⁰³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 630-631, v. I.

Oportuna a colocação de Barbosa Moreira no sentido de que a urgência está vinculada ao conceito de prejuízo, fruto do estudo do *periculum in mora*. A urgência é subdividida em três tipos básicos:

Em primeiro lugar, a urgência pode ligar-se ao risco de que desapareçam, antes do momento em que normalmente se viria a lançar mão deles, elementos necessários à efetividade do processo, instaurado ou por instaurar, no qual se pleiteia a tutela do direito. Por exemplo: a demonstração do fato constitutivo talvez dependa do depoimento de terceiro, cujo estado de saúde justifica o receio de que não permaneça vivo na ocasião em que, outras circunstâncias, seria ouvido como testemunha. Os outros casos são de urgência relacionada com a própria natureza ou função essencial do direito invocado. Aqui, a noção primacial é a de que, se existente o direito, a respectiva satisfação não comporta dilação alguma, consoante ocorre acima de tudo na esfera das relações jurídicas não patrimoniais, em especial na dos direitos da personalidade, mas também noutras que, patrimoniais embora, têm função de peculiar relevância para a vida da pessoa (v.g.: alimentos, salário).³⁰⁴

A essencial observação da questão da urgência é pacífica na doutrina. Esclarecem Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira que “[...] a demora excessiva para que o Estado preste a tutela jurisdicional implica a negativa de prestação de tutela jurisdicional, situação que infringe o princípio do devido processo legal [...]”.³⁰⁵

A partir da sistematização do texto definitivo do CPC, o legislador classificou a tutela provisória³⁰⁶ em tutela de urgência e tutela de evidência, art. 294 do CPC. Logo após, no que diz respeito à satisfatividade da decisão, subdividiu a tutela provisória de urgência em antecipada (Capítulo II do Título II do Livro V) e cautelar (Capítulo III do Título II do Livro V), nas quais encontram-se presentes a satisfatividade e a garantia. A primeira concretiza a pretensão de direito material, enquanto a segunda assegura o resultado de outro provimento jurisdicional.

Quanto ao momento da decisão, o legislador promoveu a subdivisão em antecedente e incidental.³⁰⁷ Na versão definitiva do CPC, ao invés das tutelas de urgência serem tratadas em

³⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela de urgência e efetividade do direito. Temas de direito processual – oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 90.

³⁰⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. v. 1, São Paulo: Verbatim, 2015, p. 109, v. I.

³⁰⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. *Manual de direito processual civil esquematizado*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 561. “A tutela provisória pode ser classificada pela natureza, fundamentação ou momento em que requerida. Conforme a natureza, pode ser antecipada ou cautelar; quanto à fundamentação, de urgência ou de evidência; e quanto ao momento de concessão, antecedente ou incidental”.

³⁰⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 52. “Quanto ao momento da decisão, toma-se por parâmetro o momento da propositura do feito que veicula o pedido principal. Se a tutela é pleiteada antes do momento em que se formula o pedido principal, então se trata de tutela provisória antecedente. Mas se o pedido de tutela antecipada é formulado ao mesmo tempo ou após o pedido principal, então teremos uma tutela antecipada incidente ou incidental, cujo requerimento independe do pagamento de novas custas, conforme alerta expressamente o art. 295, do CPC”.

regime único, o legislador preferiu tratá-las em capítulos distintos com procedimentos diferentes. Somente a tutela de urgência pode conter a natureza satisfativa ou acautelatória.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero elucidam a sistematização apresentada pelo legislador:

O legislador agrupou sob o gênero das tutelas provisórias tanto as tutelas satisfativas como as tutelas cautelares que podem ser prestadas mediante cognição sumária, isto é, fundadas em juízo de probabilidade (art.300, CPC). A técnica antecipatória pode dar lugar à uma decisão provisória que satisfaça desde logo o direito da parte fundada na urgência ou na evidência. A tutela cautelar, porém, é sempre fundada na urgência (art. 301, CPC). O legislador buscou caracterizar a urgência que dá lugar à tutela provisória no art. 300 e a evidência no artigo 311.³⁰⁸

O legislador dispôs, nos artigos iniciais do Livro V, a Parte Geral da tutela provisória e respectivas características gerais. Vencida a Parte Geral, o diploma processual passa a tratar das espécies de tutela provisória denominadas tutelas de urgência e de evidência.

As tutelas de urgência representam instrumentos eficazes, que preservam a utilidade do processo, para a resolução do conflito. Rodrigo Mazzei e Bruno Pereira Marques anotam que o instituto traz algumas peculiaridades:

[...] Por seu turno, a sumarização da cognição implica ainda uma distribuição do ônus do tempo do processo. Proferida decisão sem aguardar o desfecho final da demanda, os riscos decorrentes da espera do trânsito em julgado da decisão final do processo são distribuídos com o réu, alcançando dupla finalidade. Imediatamente, é retirado de sua esfera de direito o risco a que estava submetido o autor, tutelando seu direito material, ao passo que de forma mediata, compele o réu a contribuir para a celeridade do proferimento de uma decisão baseada em cognição exauriente.³⁰⁹

As peculiaridades são delimitadas pela probabilidade do direito, vinculada à profundidade da cognição, e pelo *periculum in mora*, o que resulta no perigo de dano ou no risco ao resultado útil do processo. De acordo com as tutelas satisfativa e acautelatória, o perigo de dano relaciona-se com o risco ao direito que o autor deseja evitar, que resultará na tutela definitiva. Em contrapartida, o risco ao resultado útil do processo tem vínculo com a tutela cautelar e sua função de proteção do direito acautelado.

O gênero, denominado tutela de urgência, trata-se de uma via procedimental na qual se preza a celeridade. Como se vê, o processo trava uma luta contínua em face do tempo, buscando harmonizar celeridade e segurança. Desse encontro de forças (celeridade e segurança) resulta a

³⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 307.

³⁰⁹ MAZZEI, Rodrigo; MARQUES, Bruno Pereira. *A tutela antecipada e a responsabilidade decorrente da sua reversão em sentença: notas básicas sobre o tema a partir do CPC de 2015*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 292.

busca permanente pelo equilíbrio, com a missão de ser atingida a efetividade do processo. A nosso entender, a celeridade e a segurança devem ser sempre submetidas a uma conciliação de modo que a decisão no processo se aproxime da certeza, em menor tempo possível.

Comparando a versão final do CPC com o CPC/1973 são encontrados traços comuns entre as codificações. As tutelas provisórias de urgência, cautelar ou antecipatória da tutela definitiva, podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidental ou concomitantemente, artigos 303 e 308, § 1º, do CPC. Não houve prefixação, pelo legislador, do momento adequado para a tutela de urgência, o que revela que inexistem impedimentos para que seja postulada na inicial, podendo o juiz apreciá-la antes ou depois da citação do réu,³¹⁰ consoante sua maior ou menor urgência.

A urgência pode ser contemporânea à propositura da ação, reputando que o autor disponha dos elementos para a elaboração da petição inicial consolidada ou que não exista interesse imediato em uma composição exauriente do litígio.³¹¹

Se porventura houver necessidade da tutela de urgência durante o trâmite processual, caberá ao autor provocar a medida de forma incidental, sendo afastada a exigência de pagamento de novas custas processuais, de acordo com o art. 295 do CPC, bastando o requerimento nos autos. Em suma, a tutela de urgência pode ser pleiteada antes da dedução da pretensão principal (tutela antecedente), na petição inicial da ação principal (tutela cumulativa) ou no curso do processo (tutela incidental).

Não se pode olvidar que a tutela de urgência desafia obstáculos diversos, inserindo-se nos variados ramos do processo civil. Eduardo Lamy³¹² ilustra que no processo de conhecimento podem ser concedidas decisões liminares antecipatórias, a fim de possibilitarem execução dos efeitos da decisão jurisdicional final de mérito, com execução e cognição simultâneas. Não se pode negar que o perigo da demora seja evidente na execução, nos processos junto aos Tribunais e demais procedimentos.

A tutela de urgência é fundamental em situações específicas que demandam a tempestividade da prestação jurisdicional, sendo mais valiosa uma decisão efetiva, pautada em

³¹⁰ Liminarmente ou após justificação prévia, nos termos aludidos pelo art. 300, § 2º, do CPC.

³¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl..Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 637, vol. I. Nessas situações, o novo Código permite que o requerente, num primeiro momento, limite-se: “[...] ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se buscar realizar e do perigo de dano ou do resultado do risco ao resultado útil do processo” (art. 303). Também a medida cautelar (conservativa) permite deferimento em procedimento antecedente, embora o regime de estabilização, de que se cuidará adiante, não se lhe aplique (art 305)”.

³¹² LAMY, Eduardo. Tutela provisória. São Paulo: Atlas, 2018, p. 50-51.

uma cognição sumária, do que uma decisão final limitada pela não efetividade. Esse raciocínio é ressaltado por José Roberto dos Santos Bedaque:

Longo tempo exigido para a entrega da tutela definitiva, antecedida de amplo contraditório e cognição exauriente, vem-se mostrando absolutamente incompatível com as necessidades do mundo moderno. Esse problema se agrava em países como Brasil, onde fatores extraprocessuais acabam contribuindo para retardar ainda mais o resultado do processo, tornando a demora fenômeno anormal e insuportável. Tais circunstâncias têm estimulado os operadores do processo a encontrar soluções destinadas a amenizar problemas que esse tempo necessário à cognição plena pode causar para a efetividade da tutela. Um dos mecanismos é o ora examinado, consistente na antecipação provisória dos efeitos da tutela final, mediante provimentos interinos, ou seja, não definitivos. Sua função é de mero instrumento, destinado a garantir a utilidade do resultado, antecipando-o total ou parcialmente, até que a solução final seja possível.³¹³

Dentro do cenário apresentado pelo CPC, a tutela jurisdicional precisa ser postulada de acordo com a realidade fática. Em um dos extremos desta realidade, nos deparamos com valores como a certeza e a segurança jurídica, em outro com a necessidade de medidas sumárias, dinâmicas e adequadas ao direito material e ao caso concreto, marcado pelas situações de urgência.

Não obstante os extremos apresentados, entendemos que o atual CPC através das tutelas de urgência, consegue atingir o equilíbrio quando atenua o dano associado ao atraso inerente à situação de incerteza, a ser tolerada pelo demandante até o final do processo.

3.4.1 Tutela de urgência antecipada

Sob a égide do CPC/1973, o processo cautelar reuniu medidas de natureza cautelar que implantavam não apenas medidas responsáveis por uma tutela de mera segurança, mas também medidas que ultrapassavam limites aptos a assegurar o resultado útil de outro processo. A partir da satisfação, ainda que provisória, da pretensão do autor em confronto com a demora na tramitação de outros ritos, houve um *“desvirtuamento na utilização do ‘processo cautelar’, que passou a ser considerado remédio para todos os males”*.³¹⁴

Luiz Guilherme Marinoni ressaltou que a tutela antecipada é vista como uma antecipação *stricto sensu*, da tutela pretendida no processo de conhecimento, compreendida no

³¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 204.

³¹⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p.70.

CPC/1973 como tutela do direito dependente da declaração ou (des)constituição. Contudo, tal afirmação resultou em interpretação extensiva ao conceito de tutela antecipada:

Vale dizer que a opção por um conceito *amplo* da tutela antecipada – não restrito à antecipação da tutela do direito prestada mediante sentença condenatória, mandamental e executiva – é uma mera decorrência da necessidade de se interpretar as regras processuais em conformidade com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Isso porque não se pode ignorar que, considerando-se as ações declaratória e constitutiva, só há real antecipação de tutela quando se admite a *suficiência* da declaração ou da constituição com base em *cognição sumária*, ou seja, a declaração ou a constituição *provisória*.³¹⁵

A doutrina ainda destacou a tendência do então processo cautelar de se transformar em técnica de sumarização, resultando em um remédio contra a demora do processo ordinário. O fato passou a ser visto como a solução para o alcance de uma sentença rápida, para antecipar a satisfação do direito material.³¹⁶

Torna-se possível compreender que o legislador utilizava no *caput* do art. 273 do CPC/1973 expressão que se revelou inadequada, conforme observou William Santos Ferreira.³¹⁷ O alerta se justifica porque prova inequívoca não conduz à verossimilhança da alegação e sim à certeza. No que lhe concerne, a certeza não se coaduna com a natureza da tutela antecipada pautada em uma cognição não exauriente. Em sentido contrário, Cassio Scarpinella Bueno entende que não há incompatibilidade nas expressões.³¹⁸

O *caput* do art. 273 do CPC/1973, para a antecipação da tutela, exigia prova inequívoca apta a convencer o juiz da verossimilhança da alegação. Manifestava-se a doutrina no sentido de que prova inequívoca correspondia à prova robusta, convincente e não a uma prova indiscutível, com valor absoluto. Quanto à verossimilhança, baseava-se na ideia de aparência da verdade, resultando em um juízo de probabilidade do direito almejado.

³¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 71.

³¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. t. São Paulo: RT, 1994, p. 17. “O processo cautelar, como é cediço, não só no Brasil, mas também na França, como revela Roger Perrot, e na Itália, como sugere La China, transformou-se em técnica de sumarização, e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do procedimento ordinário, cuja estrutura, como sabemos, de há muito se encontra superada. A utilização indiscriminada da tutela cautelar, portanto, surge como uma consequência da superação do procedimento ordinário, e da tendência, daí decorrente, à busca de tutelas sumárias, ou diferenciadas, entendidas estas como aptas à obtenção de uma sentença rápida e capaz de tornar efetivo o direito material”.

³¹⁷ FERREIRA, Willian dos Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000, p. 138-139.

³¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13, v. 4. “O adjetivo ‘inequívoca’, portanto, relaciona-se ao substantivo ‘prova’; a ‘verossimilhança’ é da ‘alegação’. Basta isso para afastar as críticas comuns ao texto do art. 273 no sentido de que o legislador teria aproximado duas situações inconciliáveis entre si (em termos de convencimento, não há dúvidas de que ‘verossimilhante’ está em grau inferior a ‘inequívoco’). É a prova que é inequívoca (prova contundente, prova bastante, prova forte, prova muito convincente por si só, independentemente da apresentação de outras), e, como toda e qualquer prova, ela nada mais é do que um meio para convencer o magistrado de algo”.

Portanto, para a concessão da antecipação da tutela, tal como moldada pelo CPC/1973, exigia-se uma prova robusta da qual decorria forte probabilidade do direito alegado.³¹⁹ A doutrina praticamente era uníssona em ter na expressão, *prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação*, uma espécie de acréscimo ao *fumus boni iuris* o que resultaria em um *fumus* qualificado.

Levando-se em conta as lições de Malatesta, João Batista Lopes afirma que: “*Enquanto é suficiente a probabilidade (aceitabilidade) para a propositura da tutela cautelar, exige-se mais para a tutela antecipada, ou seja, a probabilidade*”.³²⁰

Nesse aspecto entendemos, de acordo com a doutrina majoritária, que para a concessão da tutela cautelar a cognição trazia como meta a verificação da plausibilidade e do risco da demora, enquanto na antecipação de tutela, o juízo de probabilidade era realizado para entrega, de imediato, do bem solicitado pelo autor.

Após a reforma, operada no CPC/1973, a antecipação de tutela adotada de modo genérico e amplo já representava a ruptura com a segmentação clássica entre o processo de conhecimento e o processo de execução, valorizando a concepção de segurança jurídica fruto do liberalismo.³²¹

A partir da premissa de que a tutela antecipada não se restringe apenas à conservação, implicando na satisfação do interesse material, ainda que provisoriamente, a doutrina em sua maioria aceita a possibilidade de diferenciação de graus, no que concerne à cognição, para a concessão das tutelas cautelar e da tutela antecipada. Para João Batista Lopes mostra-se sensata a consideração do grau de probabilidade para o deferimento da tutela antecipada.³²²

³¹⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais* (processo civil moderno). 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 52, v. 4. “São pressupostos da antecipação de tutela: a) a existência de prova inequívoca; b) a verossimilhança da alegação (art. 273, caput, do CPC). A prova inequívoca consiste na representação cabal da situação narrada, seja através de documentos, seja através de outro meio de prova idôneo. Já a verossimilhança da alegação decorre da grande probabilidade de que o direito reclamado esteja mesmo a favorecer o postulante da medida antecipada”.

³²⁰ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 96.

³²¹ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 60. “[...] antes da Lei n. 11.232/2005, eventual decisão que, por exemplo, antecipasse determinada obrigação de fazer haveria de ser implementada através dos meios elencados (enunciativamente) no § 5º do art. 461 do CPC/73 no próprio processo de conhecimento. Já estava rompida, nessa hipótese, dentre outras, a ideia de que apenas com a declaração definitiva do direito poder-se-ia ingressar na seara da execução, por meio do processo autônomo. Com a Lei n. 11.232/2005, como regra, só havia necessidade de um processo autônomo de execução no caso de tratar de título extrajudicial ou na hipótese de execução contra a Fazenda Pública”.

³²² ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. *Tutela provisória: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018, p. 102. “Considerando que a tutela antecipada implica concessão de efeitos práticos de caráter satisfativo (e, portanto, com repercussão na própria relação jurídica no campo do direito material) não há como admiti-la quando a probabilidade de existência do direito for mínima. Afigura-se razoável, pois, a necessidade de consideração do grau de probabilidade para o deferimento da tutela antecipada”.

Em sentido contrário, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro não entende que a tutela antecipada se apresenta em grau mais profundo do que a cautelar. Pauta pelo segmento de que tudo deve ser analisado a partir da medida pleiteada e, por conseguinte, do potencial de dano que referida medida visa a repelir e, não da simples constatação da natureza cautelar ou antecipatória.³²³

Na lição de Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira a cognição para a concessão da tutela antecipada deve ser sumária, com grau médio de profundidade, ao passo que para a tutela cautelar o juiz deve exercer a cognição superficial, com grau mais leve de profundidade.³²⁴

A nosso ver, a cognição, tanto na tutela cautelar como na tutela antecipada, deve ser devidamente graduada de acordo com a exigência da própria característica do provimento. Entendemos que deve haver uma gradação quanto ao *fumus* para a concessão de uma ou outra espécie.

A doutrina majoritária, a fim de diferenciar o *fumus* da cautelar e o da antecipação, utilizou um critério subjetivo. Contudo, afastando-se o excesso da teoria processual, não é possível desviar-se da ideia de que o juiz para a concessão ou não da tutela pretendida, deve considerar o *periculum in mora*.

Oportuna também a colocação de Cândido Rangel Dinamarco no sentido de que para a superação dos efeitos negativos do tempo, propósito comum das tutelas cautelares e antecipatórias, mostra-se suficiente o emprego de uma cognição sumária de menor profundidade do que a exigida para uma tutela definitiva.³²⁵

A doutrina traz a reflexão de que o juízo de plausibilidade ou probabilidade pode ficar em um segundo plano, a depender do *periculum* identificado. Portanto, levando-se em conta o

³²³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 147. “A nosso ver, não há, nunca houve, nem deve haver, uma gradação quanto ao *fumus* para a concessão da tutela antecipada e da tutela cautelar. Tal argumento, apesar de atraente sob o ponto de vista teórico, não resiste a uma análise pragmática”.

³²⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 68-69. “A tutela antecipada, por ser satisfativa, exige um maior grau de segurança na sua concessão, o que somente é possível com a constatação de uma alta probabilidade de reconhecimento da pretensão levada a juízo. Já a tutela cautelar, que apenas presta segurança ao provimento definitivo e que nada satisfaz, exige um grau menor de probabilidade da pretensão. Há uma proporção inversa entre o potencial de dano que pode decorrer dessas medidas, maior no provimento antecipatório do que no cautelar, e a segurança que se exige para a sua concessão”.

³²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 73. “Parte da doutrina ainda é indevidamente cautelosa no emprego da locução *fumus boni juris* no trato dos requisitos para as medidas antecipatórias de tutela, mas essa atitude não é mais que o reflexo da falsa crença de que a antecipação e a cautela fossem fenômenos inteiramente distintos, sem ligações e sem serem duas espécies do mesmo gênero; a ideia de uma mera fumaça, como indício da existência das chamadas vivas de um direito, está presente na sistemática dos requisitos para a concessão de uma e de outra, indistintamente”.

bem, objeto do interesse, e a urgência (*periculum*), a tutela de urgência deve ser concedida ainda que satisfativa. Nesta feita, quanto maior o *periculum* demonstrado, menor o *fumus* exigido para a tutela de urgência desejada. Trata-se da denominada teoria da gangorra a ser examinada oportunamente.³²⁶

Após a cognição sumária, caso o juiz não vislumbre requisitos para a improcedência do pedido, ausência de *fumus*, sua atenção volta-se à intensidade do *periculum* a fim de decidir pela concessão, ou não, da tutela de urgência.

A decisão também deve ser ponderada no princípio da proporcionalidade e no princípio da razoabilidade, para que o juiz avalie cuidadosamente as repercussões da medida concedida. Nesse contexto, importa trazer as lições de Cândido Rangel Dinamarco:

Ao juízo do mal maior associa-se o *juízo do direito mais forte*, que deve aconselhar o juiz a ponderar adequadamente as repercussões da medida que concederá, redobrando cuidados antes de determinar providências capazes de atingir valores de tão elevada expressão econômica, política ou humana, que somente em casos extremos devem ser sacrificados; assim é nos casos em que se trate de interferir na economia interna de uma empresa, ou de impedir a privatização, ou de autorizar ou impedir a realização de uma cirurgia etc. Em hipóteses assim, o juízo do mal maior deverá ser mais severo, sob pena de lesar bens ou valores dos quais possa depender a vida das pessoas, a vitalidade das empresas, estabilidade de uma economia estatal etc. Tal critério tanto servirá, conforme o caso, para legitimar a concessão de medidas urgentes ou para a sua negação – dependendo de ser mais forte o direito de quem as pede ou do adversário.³²⁷

Por outro lado, conforme mencionado, parcela da doutrina entende que o CPC pretendeu encerrar toda questão atinente à gradação existente no CPC/1973, envolvendo requisitos direcionados a uma ou outra espécie de tutela.³²⁸ A justificativa daqueles que aderiram esta corrente encontra respaldo nas disposições gerais do art. 300 do CPC. Para tanto, caberá tutela provisória de urgência antecipada quando houver probabilidade do direito e o perigo de dano, ideia vinculada ao direito material subjacente, assim como terá cabimento a tutela provisória de urgência cautelar quando houver risco ao resultado útil do processo. Em ambas as situações há

³²⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 147-148.

³²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 75.

³²⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 149. “O novo Código de Processo Civil avançou positivamente ao abandonar a gradação que o Código de Processo Civil de 1973 pretendia fazer entre os requisitos para a cautelar e antecipação de tutela, sugerindo-se um *fumus* mais robusto para a concessão dessa última. Quanto ao *periculum in mora*, a doutrina predominante não estabelece à luz do Código de Processo Civil de 1973 qualquer distinção entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela. Nem poderá fazê-lo à luz do novo Código de Processo Civil”.

o fim de se resguardar o resultado útil do processo, culminando na noção de fungibilidade entre uma e outra medida, parágrafo único do art. 305 do CPC.

Para os adeptos deste posicionamento, diante do CPC, não há mais razão para diferenciar os requisitos para a concessão da tutela cautelar e para a concessão da tutela antecipada, admitindo-se tanto o requerimento de tutela antecipada quanto o requerimento de tutela cautelar no curso do processo de conhecimento, como a característica de uma tutela de urgência. Embora permaneça a distinção entre as tutelas, há o reconhecimento de que na prática os pressupostos sejam os mesmos.

Contudo, em sentido contrário, sustenta a doutrina majoritária, com a qual concordamos, que existe diferença acentuada entre os requisitos da tutela antecipada e da tutela cautelar.³²⁹ Embora as espécies apresentem tratamento comum, conforme o indicado pelas disposições gerais das tutelas provisórias, também são acometidas por distinções acentuadas no que diz respeito, por exemplo, ao grau de cognição adequado para a concessão de cada uma das medidas.³³⁰

A tutela antecipada, por sua vez, é satisfativa do direito material ao permitir a sua realização e não a sua segurança, através da cognição sumária, apresentando a mesma substância da tutela final. A tutela antecipada, denominada tutela final por alguns doutrinadores, atribui ao autor o que ele pretende ao propor a ação. Contudo, não é acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material.³³¹

Presente a urgência, através dos elementos descritos acima, poderá ser concedida a tutela cautelar com vistas a sua feição instrumental e acessória à concessão da tutela definitiva. Alternativamente, poderá ser deferida a antecipação da tutela definitiva, parcialmente ou integralmente, a depender dos elementos submetidos à cognição sumária. O juiz pode exigir da parte beneficiada da decisão a contracautela nos termos do art. 300, § 1º, do CPC.

De forma sucinta, a tutela antecipada satisfaz o autor atribuindo-lhe o que almejou ao propor a ação. Não se restringe a assegurar o resultado útil e eficaz do processo, mas é capaz

³²⁹ TESSER, André Luiz Bauml. *As diferenças entre a Tutela Cautelar e a Antecipação de Tutela no CPC/2015*. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, (Coleção novo CPC doutrina selecionada, v. 4), 2016, p. 34-48. André Luiz Bauml Tesser critica a unificação dos regimes e ausência de distinção, que entende ser aparente, entre os requisitos exigidos para a concessão da tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC.

³³⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 69. “*Em resumo, portanto, são distinções essenciais entre essas duas espécies de tutela de urgência: a) a tutela antecipada é satisfativa e a tutela cautelar assecuratória; b) a concessão da tutela antecipada exige cognição sumária e da tutela cautelar cognição superficial; e, c) a distinção dos procedimentos previstos para a obtenção da tutela antecipada antecedente e para a obtenção cautelar antecedente*”.

³³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 71. “*A tutela antecipada é a tutela final, antecipada com base em cognição sumária*”.

de conceder o próprio pedido formulado.³³² Por outro lado, na tutela cautelar a preocupação é voltada ao processo, sem que ocorra a efetivação do direito, e à disponibilização de medidas que garantam, ao final, o resultado útil do processo.

Na oportuna lição de Arlete Inês Aurelli,³³³ na seara da tutela antecipada, importa ressaltar que o autor formula, na inicial, os pedidos imediato e mediato. O primeiro representa a providência jurisdicional a ser concedida pelo juiz e o segundo refere-se ao bem da vida, a vantagem almejada. Neste raciocínio, na tutela antecipada há a entrega do bem da vida (a vantagem pleiteada) pelo órgão julgador, o que corresponde à entrega do pedido mediato. Em nenhum momento se dará a entrega do pedido imediato, pois se assim ocorresse haveria a prolação da sentença, o julgamento antecipado da lide.

A hipótese da tutela antecipada é tratada especificamente nos artigos 303 e 304 do CPC, que traçam um procedimento próprio para ajuizamento da demanda principal. Humberto Theodoro Junior extrai, dos referidos dispositivos, as características seguintes:

(a) em sendo a urgência contemporânea à propositura da ação, o requerimento inicial conterà o pedido apenas de tutela de urgência satisfativa, limitando-se a simples indicação do pedido de tutela final, apenas para demonstração do *fumus boni iuris*; da petição inicial constarão, ainda, (b) a exposição sumária da lide e do direito que se busca realizar; e (c) a demonstração do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional.³³⁴

Embora o art. 303 do CPC descreva a urgência como sendo contemporânea à propositura da ação, o que pode equivocadamente trazer a noção de que ela já existia no momento da propositura da ação, o dispositivo descreve a hipótese de medida antecipatória. Possibilita a breve apresentação da situação e do direito, que se pretende resguardar, além da existência de perigo na demora da prestação jurisdicional em decorrência da urgência.

O legislador reconhece a *autonomização* da tutela antecipada, de modo que o autor, frente à urgência, pode pleitear apenas a tutela satisfativa. Entende a doutrina que o CPC

³³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 661, v. I. “[...] a tutela de urgência satisfativa tem utilidade em casos de ameaça não à utilidade do processo, mas ao próprio direito subjetivo material da parte, que não se acha em condições de aguardar o desfecho natural do processo ordinário. De certa forma, o juiz, em nome da tutela de urgência, antecipará, provisoriamente, os efeitos prováveis do julgamento futuro do mérito, i.e., concederá ao autor um provimento imediato que, de forma provisória, lhe assegure, no todo ou em parte, a usufruição do bem jurídico correspondente à prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio”.

³³³ AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas provisórias de urgência no CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares?* In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 59.

³³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 661, v. I.

reconhece a existência de situações, no plano empírico, nas quais a própria concessão de antecipação de tutela pode trazer satisfação às partes.

Concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente e não havendo a interposição do recurso de agravo de instrumento pelo réu, será alcançada a sua estabilização (art. 304, *caput*, e art. 1.015, I, do CPC). Acrescentam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que:

[...] O interesse no dispositivo é que essa simplicidade da petição inicial visa, neste caso específico (restrito a medida antecedente satisfativa, por dedução, *contrario sensu*, do disposto no CPC 305), substituir aquela antiga medida cautelar proposta com todo o formato de ação, mas que depois exigia a propositura de uma nova ação, dita principal (que, neste caso, é substituída pela emenda da inicial sucinta). Vale lembrar que, por ser tratar de tutela com caráter antecedente, impõe-se, para seu ajuizamento, o pagamento de custas, visto que a isenção do CPC 295 é restrita aos casos de tutela incidental.³³⁵

É relevante destacar que apenas a tutela antecipada pode ser passiva de estabilização. Trata-se de clara distinção teórica entre as tutelas cautelar e antecipada, pois que o CPC não apenas traçou a diferença em norma, art. 301 do CPC, mas direcionou a cada uma delas consequências muito distintas.

O CPC permite a abertura do processo a partir do pedido de tutela emergencial, considerando que a parte possa ter feito o pedido, sem tempo razoável e suficiente para a elaboração da petição inicial, com a ausência de fatos e fundamentos necessários para a demanda principal. O permissivo se justifica porque o direito está na iminência de decair ou perecer, sem deixar de merecer imediata proteção judicial, além de encontrar previsão legal dentro dos parâmetros exigidos pelos artigos 319 e 320 do CPC/2015.³³⁶

Na petição inicial, caso o autor manifeste a opção pelo pedido de tutela provisória antecipada autônoma, haverá de fazê-lo de forma expressa, art. 303, § 5º, do CPC, indicando o pedido de tutela final com a exposição da lide, do provável direito e a urgência justificadora da medida, ainda que de forma menos rígida que o art. 319, IV, do CPC.³³⁷

³³⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 1003.

³³⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Da tutela antecipada à tutela superantecipada: breves considerações acerca dos requisitos essenciais da petição inicial simplificada*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 363. “[...] permitindo ao autor a utilização de petição inicial que não precisa preencher os requisitos ali relacionados, mas sim aos requisitos apresentados pelo art. 303. Além da petição inicial que doravante podemos denominar geral, teremos também petição inicial que pode ser denominada simplificada, apta a dar início a procedimento onde o autor pleiteia tutela antecipada antecedente”.

³³⁷ REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo. São Paulo: RT. v. 244, p. 168, jun. 2015. “Caso

A urgência, no alcance da prestação jurisdicional, autoriza a elaboração de uma petição simplificada, incompleta quanto aos detalhes do caso e quanto à apresentação dos documentos. Nos dizeres de Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira,³³⁸ em casos *urgentíssimos*, trata-se de procedimento apto a uma *tutela superantecipada* possibilitada através de um mecanismo simplificado, de um requerimento inicial, onde se leva em conta a ponderação entre a celeridade e segurança jurídica.

A legislação processual civil atual permite a exposição sumária da lide e após a concessão da liminar, possibilita o aditamento da inicial, art. 303, § 1º, I, do CPC.³³⁹ Uma vez deferida a tutela antecipada, o autor deverá aditar a inicial no prazo de 15 (quinze) dias ou em prazo maior, desde que fixado pelo juiz. Fará *jus* ao direito de complementar a argumentação, juntar documentos e confirmar o pedido realizado anteriormente.

O aditamento representa um verdadeiro ônus ao autor, pois sua inobservância conduz à extinção do processo sem resolução do mérito, art. 303, § 2º, do CPC. Arruda Alvim afirma que:

A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa outro polo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, em regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente. Outra distinção importante que cabe fazer entre o ônus e a obrigação é a circunstância de esta última ter um valor de poder, assim, ser convertida em pecúnia, o que não ocorre no que tange ao ônus [...].³⁴⁰

A não concessão da tutela antecipada não resulta, obrigatoriamente, da presença de algum vício presente na inicial. Pode decorrer do fato de o juiz não se deparar com a probabilidade do direito ou com o risco de dano, o que o levará a recomendar o aditamento à parte, a fim de serem demonstrados outros elementos para a concessão da tutela pleiteada. A denominação adotada, pelo art. 303, § 6º, do CPC, não é a mais adequada, pois o vocábulo

deseje limitar-se ao requerimento de tutela antecipada antecedente, deve o autor destacar, expressamente na petição inicial (art. 303, § 5º), que está se valendo desse procedimento mais simplificado, para uma identificação mais clara, inclusive por parte do Judiciário, de que não se trata da demanda principal, mas do procedimento antecedente”.

³³⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Da tutela antecipada à tutela superantecipada: breves considerações acerca dos requisitos essenciais da petição inicial simplificada*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 360.

³³⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. São Paulo: RT, 2018, p.1003. Contudo, o requerimento pode ser elaborado simultaneamente à petição inicial: “É perfeitamente possível que o autor opte por elaborar o requerimento de tutela antecipada em conjunto com uma petição inicial completa, que não necessite de aditamento posterior. Aliás, seria mesmo ideal, tendo em vista que essa opção faz com que o processo flua com mais rapidez, já que não há a necessidade de aditar a inicial”.

³⁴⁰ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 969-970.

emenda corresponde a uma modalidade de manifestação atinente à correção de vícios, diferente do termo *aditamento*.

O CPC inovou ao disponibilizar um procedimento simplificado, ainda que inicialmente, para o requerimento da tutela provisória de urgência. Há o reconhecimento de que a urgência ou a cautelaridade, em sentido amplo, justificam a antecipação dos efeitos da decisão final, além da instituição de procedimentos menos complexos para o deferimento do pedido de tutela provisória.

A tutela antecipada é satisfativa do direito material, ocorrendo sua realização através da cognição sumária, o que não se estende a sua segurança. A tutela antecipada tem a mesma substância da tutela final, com o diferencial de que é baseada em verossimilhança, não sendo atingida pela imutabilidade intrínseca da coisa julgada material. Antecipa os efeitos fáticos do provimento jurisdicional final de mérito, podendo ter o pedido integralmente ou parcialmente deferido. Na hipótese, o juízo antecipa uma posição inicial sobre o mérito conforme se depreende seguramente do entendimento jurisprudencial.³⁴¹

Referida tutela procura evitar ou fazer cessar o perigo de dano, atribuindo ao autor, ainda que provisoriamente, a garantia imediata de benefícios ou vantagens de direito material para o qual se pleiteia a tutela definitiva. Há uma confusão entre o seu objeto e o objeto do pedido principal. Nos dizeres de Humberto Theodoro Junior³⁴² a tutela satisfativa de urgência pode vir a deferir, provisoriamente, os efeitos futuros dos pedidos pretendidos pela parte.

A tutela antecipada não representa um instrumento de outra tutela, gera um provimento ao autor e acelera a satisfação fática do pedido final de mérito. Tem a possibilidade de ser requerida e deferida como incidente, junto à mesma demanda que pode vir a acompanhar o provimento.

É fundamental registrar que o autor não deseja outra tutela além da obtida de forma antecipada. Comparativamente, tratando-se de pedido de tutela cautelar, a situação configura-se de modo distinto, pois esta espécie de tutela traz intrinsecamente o propósito de assegurar

³⁴¹ “Ação de indenização por responsabilidade médica. Tratamento estético (depilação a laser) de que resultaram queimaduras à autora. A responsabilidade do plástico, como se sabe, se afere com mais rigor do que a dos médicos em geral. Tutela antecipada consistente na imposição ao réu da obrigação de custear tratamento reparador, dada a certeza da autoria, considerando o risco de ineficácia, caso o procedimento não se iniciasse de pronto. Tutela antecipatória confirmada. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (Agravo de instrumento nº 2166660-28.2015.8.26.0000, de São Paulo. Relator: César Campolini. 10ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 29-3-2016. Data de publicação: 31-3-2016. Data de registro: 31-3-2016. (TJ/SP)”. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322884972/agravo-de-instrumento-ai-21666602820158260000-sp-166660-2820158260000>>. Acesso em: 02 maio 2021.

³⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I.

situação que dependa da tutela final ou, ainda, da própria efetividade da tutela jurisdicional do direito.

A tutela antecipada também não apresenta indicativos de situação diversa da tutelada, diferente da tutela cautelar que faz menção a uma situação tutelável ou a outra tutela do direito material. O CPC acata o requerimento da tutela antecipada e da tutela cautelar no decorrer do processo de conhecimento, outorgando-lhes a peculiaridade de tutela urgente.

Prevalece no CPC o entendimento favorável à concessão da tutela antecipada quando a tutela final é prestada antecipadamente. Para Luiz Guilherme Marinoni: “[...] a *tutela antecipada é, em substância, a tutela final prestada mediante a técnica de antecipação*”.³⁴³ Desse modo, inexistente no atual CPC, tutela antecipada quando é a pleiteada tutela de urgência para impedir que o réu faça algo que não poderia ser feito, se já existisse declaração ou desconstituição/constituição. Lembre-se que a tutela antecipada não é instrumento de outra tutela e não tem a função de se referir a outra tutela.

A título exemplificativo, a doutrina afirma que é possível antecipar uma tutela inibitória, mas a ordem que traga a determinação para o réu não praticar ato não permitido, se deliberação social já tivesse sido desconstituída, não representa a antecipação de uma desconstituição. Em outro contexto, ainda que a tutela antecipada seja clara quando a sentença final dependa de execução, não há impedimento para que, em situações excepcionais, ocorra a antecipação da tutela constitutiva.³⁴⁴

Em sentido diverso, tecendo considerações de forma exemplificativa, Daniel Amorim Assumpção Neves³⁴⁵ assevera que quando o juiz antecipa a tutela em uma revisional de aluguel, com a determinação provisória de um novo aluguel, não se trata da antecipação da constituição do novo aluguel, mas de antecipação dos efeitos executivos que essa determinação acarreta no plano prático, moldando o comportamento das partes.

De forma clássica, a tutela antecipada está associada às tutelas condenatória, executiva e mandamental. No que se refere às tutelas constitutiva e declaratória, depara-se com fundada divergência doutrinária, não em relação ao cabimento da tutela antecipada, mas em relação ao objeto da antecipação. Daniel Amorim Assumpção Neves acrescenta que:

Apesar de o termo “tutela antecipada” ter se popularizado, sendo comumente utilizado em obras sobre o tema e na praxe forense, não é propriamente a tutela jurisdicional o objeto da antecipação. A antecipação é dos efeitos práticos que seriam gerados para a concessão definitiva da tutela pretendida pelo autor e não da tutela jurisdicional em

³⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 72.

³⁴⁴ Idem, p. 72.

³⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 441.

si. Portanto, não se antecipa tutela constitutiva ou declaratória da mesma forma que não se antecipa a tutela condenatória, mas sim os efeitos que essas tutelas geram no plano dos fatos.³⁴⁶

Nesta linha, para a concessão da medida, prestigia-se o princípio da efetividade de acesso à Justiça. Em contrapartida, não podem ser criadas situações irreversíveis com vistas a ser atingido o direito à bilateralidade da audiência e ampla defesa, art. 300, § 3º, do CPC. O direito ao contraditório, determinante na ordem jurídica, art. 5º, LV, da CF, também se sobressai como norma fundamental da legislação processual civil brasileira.

Para Daniel Mitidiero houve tempo em que o direito ao contraditório era voltado “*a simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes*”.³⁴⁷ Neste contexto cultural, o contraditório realizava-se com a observância do binômio *conhecimento-reação*, atingindo no processo civil contemporâneo do Estado Constitucional um significado mais amplo.³⁴⁸

Podemos destacar que, atualmente, a ideia de contraditório inova com relação à forma de como juiz e partes se comportam frente à ordem jurídica, a qual deve ser interpretada e aplicada ao caso concreto. Às partes, deve ser dada a oportunidade para manifestação sobre o que contribua para a decisão da causa, sem deixar de lado as questões que o juiz possa apreciar de ofício, art. 10 do CPC. Contudo, não se afasta o propósito de se evitar a decisão-surpresa ao processo.

A doutrina, acertadamente, se manifesta em prol do equilíbrio e da necessidade de compatibilização entre o direito ao contraditório e o emprego da tutela antecipatória, para prestação de uma tutela adequada e efetiva sempre em busca de um processo justo.

Destacamos que havendo urgência para a tutela, com observância ao direito pleiteado em juízo, o órgão jurisdicional deve antecipá-la para atender a sua especificidade sem deixar, conforme mencionado, de fazer valer o contraditório ainda que este possa se manifestar de formas diversas.³⁴⁹

³⁴⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 439.

³⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019, p. 134.

³⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed., São Paulo: RT, 2021, p. 175. “*Contraditório no processo civil do Estado Constitucional significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é, direito de influência*”.

³⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019, p. 138. “[...] *O contraditório no processo civil pode ser prévio, diferido ou eventual. Em geral, o contraditório é prévio: audiatur et altera pars. O juiz primeiro dialoga com ambas as partes e depois toma a sua decisão. Nada obsta, no entanto, que o contraditório se realize de forma diferida – postergada – ou de maneira eventual. O contraditório diferido ou postergado é aquele em que o juiz decide*

No direito processual civil há prevalência da regra de que o contraditório deve ser prévio, art. 9º do CPC. Observados os pressupostos que ensejam o emprego da tutela antecipatória, fundada no perigo, o contraditório tem que ser postergado para depois da concessão da medida,³⁵⁰ sob pena de violar a tutela adequada e efetiva dos direitos da parte. Justificado está o propósito do art. 300, § 2º, do CPC que viabiliza a concessão da tutela provisória, liminarmente, ou seja, sem oitiva da parte contrária.

Também pode ocorrer que o juiz entenda como indispensável a cientificação de uma das partes, antes da concessão de antecipação de tutela, para fins de observação do contraditório. A manifestação judicial que atribui vista à parte contrária, representa uma decisão que pauta pela inexistência de perigo suficiente para imediata apreciação do pedido.

3.4.1.1 Irreversibilidade dos efeitos da decisão

O CPC, além da probabilidade do direito alegado e do risco de dano em caso de não concessão da medida, exige que não haja risco de irreversibilidade quando da sua concessão. O § 3º do art. 300 do CPC traz a mesma regra que estava prevista no § 2º do art. 273 do CPC/1973.

Embora inexista previsão expressa mencionando uma ou outra espécie de tutela, tanto no CPC/1973 como no atual CPC, a norma é válida para a tutela cautelar. A irreversibilidade ocorre no plano dos fatos, pois no plano jurídico é sempre reversível desde que possa ser cassada, revogada ou modificada. A norma refere-se à irreversibilidade das consequências da efetivação da tutela de urgência.³⁵¹

Luiz Guilherme Marinoni³⁵² adverte, com fundamento no art. 300, § 3º, do CPC, que a irreversibilidade dos efeitos jurídicos e dos efeitos fáticos da decisão são questões que não se misturam apesar da confusão, existente na doutrina e nos tribunais, envolvendo a estrutura e a função da tutela antecipada.

ouvindo apenas uma das partes (inaudita altera parte), e apenas depois de tomada a decisão é que o órgão jurisdicional permite a participação da parte contrária. Fa-lo-á, no entanto, dentro do mesmo processo em que tomada decisão. O contraditório eventual é aquele que se realiza em outro processo na eventualidade de o interessado propor demanda para ampliação da cognição judicial. O debate das partes e a combinação do juízo ficam restritos apenas à uma parcela do litígio”.

³⁵⁰ Art. 9º, parágrafo único, incisos I e II, do CPC.

³⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 340. “Também impõe o legislador, como condição ao deferimento da tutela, que a antecipação dos efeitos não seja irreversível, isto é, que haja possibilidade de retorno ao status quo (CPC, art. 273, § 2º). São, no dizer de autorizada doutrina, medidas de salvaguarda, destinadas a evitar o abuso de providência, como ocorria com as cautelares inominadas. Ao mesmo tempo em que foi ampliada a possibilidade de antecipação para qualquer procedimento, procurou-se delimitar, com precisão possível, a área de sua incidência”.

³⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 120.

Verifica-se no direito francês que o art. 809 do CPC/1806, responsável pela afirmação de que o *référé*³⁵³ não pode causar *préjudice au principal*,³⁵⁴ indicava que a tutela de cognição não incidia de modo irreversível na esfera jurídica do réu, interpretação que se estendeu à Itália. Após, o novo CPC francês eliminou o equívoco da antiga legislação, apresentando a regra de que a cognição sumária não pode prejudicar a cognição exauriente do mérito, ou seja, não pode prejudicar a decisão da causa como deve ocorrer na tutela antecipada.

Nesta linha, não pode existir contradição entre a provisoriedade da decisão, considerando a cognição sumária que lhe é ínsita, e a tutela antecipada. A tutela é provisória porque o juiz ao concedê-la não afirma que o direito existe, a fim de não prejudicar a decisão sobre o direito com base em cognição mais aprofundada.

Conforme explica a doutrina, a questão está distante de uma solução adequada, em decorrência da aplicação literal do dispositivo, que para alguns pode resultar em tormentosa negativa de tutela jurisdicional com o acometimento de prejuízos significativos. Contudo, não concordamos com tal posicionamento visto que a irreversibilidade de eventuais efeitos fáticos não se mostra contraditória a sua estrutura.³⁵⁵

Da análise crítica do § 3º, do art. 300 do CPC observa-se que o dispositivo quando alega que a tutela de urgência “*não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão*” veda determinados efeitos jurídicos incompatíveis com a situação de direito substancial, objeto da tutela jurisdicional.

Com o propósito de elucidar a questão, podemos nos socorrer de um exemplo rotineiro que aponta a manifesta negativa de uma empresa, de plano de saúde, para um tratamento emergencial.³⁵⁶ Trata-se de hipótese de irreversibilidade fática, porque, uma vez tratado o paciente, impossível a reversão ao *status quo*, o que ainda assim faz com que a tutela de urgência seja deferida, frente ao perigo e aos bens em conflito. Neste caso, há um conflito entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais.

³⁵³ Tradução livre: provisória.

³⁵⁴ Tradução livre: danos ao processo principal.

³⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 121. “*A provisoriedade da tutela antecipada deve ser entendida como a sua incapacidade de definir a controvérsia, por absoluta falta de idoneidade para a declaração ou, em outros termos, para a produção de coisa julgada material. Mas a satisfatividade da tutela sumária, e mesmo a eventual irreversibilidade dos seus efeitos fáticos, não é contraditória com a sua estrutura. Nada impede que uma tutela que antecipe a realização do direito e produza efeitos fáticos irreversíveis seja – do ponto de vista estrutural – provisória, ou melhor, incapaz de dar solução definitiva ao mérito*”.

³⁵⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 151.

No exemplo acima, se houver reversão da decisão, com o julgamento de improcedência do pedido, o retorno ao *status quo* do pedido se limitará à reparação pecuniária. Tal fato, não abre espaço a dúvidas de que a decisão deve ser pautada na proporcionalidade para eleger, corretamente, qual interesse deve prevalecer, sempre à luz das garantias constitucionais. Em geral, havendo conflitos entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, é inquestionável que os primeiros prevalecem.

Situações existem em que a aplicação do princípio da proporcionalidade requer atenção mais apurada, porque não há clara prevalência de um direito sobre o outro. Nestas hipóteses, os efeitos irreversíveis podem surgir para a concessão, ou não, da tutela de urgência. A situação, por si só, traz um dano irreparável às partes.

Portanto, os males que serão causados às partes devem ser objeto de ponderação, assim como a opção pelo menor deles, no caso concreto. Trata-se do *juízo do mal maior*, conforme denominação de Cândido Rangel Dinamarco.³⁵⁷

Não se justifica a concessão da tutela de urgência quando o mal a ser causado ao réu é maior do que o benefício pretendido pelo autor; nem mesmo em sentido inverso, quando o mal causado ao autor, pela não concessão da medida, for menor do que o prejuízo que será ocasionado ao réu.

Quando se fala em perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, a norma veda a antecipação da constituição de uma relação de filiação, a título exemplificativo. Ainda que seja possível a antecipação da constituição, já se tem ciência da inadmissibilidade da tutela antecipada nas ações relativas ao estado ou capacidade das pessoas.

Entendemos que caso a norma, art. 300, § 3º, do CPC, não tenha feito referência a casos que a antecipação da constituição possa ocorrer, não significa que referida situação nunca possa ser antecipada. Para a correta interpretação e aplicação do dispositivo, mostra-se insuficiente afirmar que a tutela antecipada não pode prejudicar o juízo de cognição exauriente, nem criar determinadas situações jurídicas.

³⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 74. “[...] A doutrina é pacífica no entendimento de que, para antecipar a tutela, basta a probabilidade e, obviamente, não se exige a certeza; mas é sempre indispensável observar uma linha de equilíbrio com a qual o juiz leve em conta os males a que o interessado na medida se mostra exposto e também os que poderão ser causados à outra parte se ela vier a ser concedida. Tal é o juízo do mal maior, indispensável tanto em relação às antecipações de tutela quanto às medidas cautelares. Quanto mais intensa for a atuação da medida sobre a esfera de direitos da parte contrária, tanto mais cuidado deve ter o juiz, mas a variação de intensidade dos efeitos invasivos não é determinada rigidamente pela doutrina antecipatória o cautelar; mesmo no campo das cautelares, convivem algumas que não causam mal algum, como a inocente produção antecipada de prova, e outras mais severas e invasivas, como o arresto, o sequestro, ou a busca-e-apreensão. É por isso incorreto pensar que as antecipações de tutela dependam invariavelmente de uma probabilidade maior que a exigida para conceder cautelares, ou, pior ainda, que seja necessário algo mais que a probabilidade [...]”.

Não há razão para não aceitar que a tutela antecipada possa gerar efeitos fáticos irreversíveis. Na lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável. Ora, se o autor, além de ter que demonstrar a probabilidade do direito, deve frisar o perigo de dano, não há como deixar de tutelar o direito mais provável. (...) Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado. Portanto, a ética da tutela de urgência consiste no sacrifício do improvável em benefício do provável.³⁵⁸

Consequentemente, a doutrina poderia trazer à tona o questionamento sobre a conveniência de dar ou não ao juiz um poder tão amplo.³⁵⁹ Contudo, o poder para a prestação da tutela jurisdicional é inerente a sua função, visto que um juiz sem poder é um juiz com responsabilidade social limitada. É evidente que o juiz, ao deferir ou indeferir o pedido, tem o dever de fundamentar as decisões judiciais, porque além de se tratar de determinação constitucional, art. 93, IX, da CF, encontra previsão no art. 489 do CPC.

A tutela antecipada deve ser utilizada nos limites legais, a fim de se evitar ato contrário ao direito, podendo em casos excepcionais produzir efeitos fáticos irreversíveis. O juiz não pode permitir prejuízo irreversível a um provável direito, utilizando-se da justificativa de que a sua decisão não pode causar prejuízo irreversível ao direito improvável.

Sob análise crítica, em nosso sentir, o CPC deveria ter autorizado a excepcionalidade de uma tutela definitiva, que abrangesse situações de urgência em hipóteses de irreversibilidade, a fim de repelir casos de não tutela aos direitos.

É fácil perceber que o cotidiano forense está repleto de situações, nas quais a concessão de decisões liminares, em quadro de irreversibilidade, mostra-se essencial para evitar o perecimento de direitos.

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 124.

³⁵⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 108, v. 3. “O temor que muitos manifestam, quando se sugere a ampliação dos poderes dos juízes para conceder liminares, sob o argumento de possíveis injustiças que elas possam causar, não leva em conta a circunstância fundamental que deveria estar sempre presente no raciocínio de quem lida com a ciência processual de não poder o julgador, jamais, conceder algum benefício a uma das partes senão à custa de seu adversário. Uma vez instaurado o litígio judicial, tanto o agir do magistrado, concedendo algum benefício a quem o postula, quanto sua omissão, ao recusá-lo, serão feitos a dano ou a vantagem da outra parte. A recusa de uma liminar é concessão de uma vantagem, às vezes decisiva, ao demandado. A neutralidade judicial é mais do que uma quimera; é uma impossibilidade lógica e prática. Os que, na esteira de Chiovenda, afirmam que o processo é um instrumento perigoso, a exigir que o juiz somente proveja com absoluta segurança, só veem perigo na mudança da situação de fato, não em sua conservação. A ideologia que inspira essas doutrinas é bem visível ao repúdio às liminares”.

3.4.2 Tutela de urgência cautelar

A tutela antecipada e cautelar, espécies do mesmo gênero, estão ligadas à urgência, ou seja, a um perigo de dano com o propósito de afastá-lo, utilizando métodos distintos. A cautelar faz uso de técnica conservativa, enquanto a antecipatória usufrui de técnica satisfativa. Sem preterir a importância de uma das espécies, em detrimento da outra, a atenção voltar-se-á para a tutela cautelar e, posteriormente, considerando o momento da decisão, para a tutela cautelar em caráter antecedente.

Antes de receber a denominação atual, o Capítulo que hoje é conhecido no CPC como tutela cautelar, era nomeado equivocadamente como cautelar preparatória. Como uma medida de natureza cautelar, não poderia de ser considerada como requisito para a formulação do pedido principal, que pode ser feito sem a existência daquela, de modo que a denominação recebida não fez *jus* ao seu real significado. Com propriedade alcançou-se a designação de tutela cautelar antecedente, pelo fato de que pode ser pleiteada antes do momento em que se formula o pedido principal.³⁶⁰

Nos dizeres de Eduardo Lamy:

A técnica cautelar é aquela que objetiva assegurar o resultado útil da demanda principal a qual é apenas acessória. A noção de cautela liga-se à ideia de garantia do bem jurídico objeto de outra ação. Por isso mesmo, o provimento urgente, oriundo da técnica cautelar propriamente dita, sempre se refere a uma demanda – outra principal, possuindo as características primordiais da referibilidade e acessoriedade.³⁶¹

Vale reafirmar, após análise das características da tutela cautelar, que o CPC vigente ao contrário do CPC/1973 não pautou pela distinção estrutural entre as medidas cautelares. Todas são submetidas a um “*procedimento geral cautelar*”, a saber que a estrutura é modificada de acordo com a concessão liminar ou não da tutela. Referida unificação está relacionada à estrutura do procedimento e não ao aspecto funcional dos provimentos cautelares.³⁶²

³⁶⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 156. “[...] Isso porque o termo “preparatória” é próprio para uma medida que visa preencher um requisito necessário ao exercício de uma pretensão, como acontece no caso da necessidade de notificação para por fim ao comodato por prazo indeterminado e, com isso, permitir a propositura da ação de reintegração na posse, ou, no caso de uma medida que possa comprovar a mora para que se possa propor a ação visando a recuperação de bem objeto de alienação fiduciária”.

³⁶¹ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 59.

³⁶² OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 157. “[...] Eles continuam a prestar o mesmo tipo de proteção que antes era objeto das medidas nominadas de arresto, sequestro e de outras modalidades de cautelares “específicas”, já que o direito material continua a precisar desse amparo urgente para evitar que possa perecer antes do tempo necessário a prestação da tutela definitiva”.

A tutela cautelar, com o propósito de assegurar o resultado útil da demanda principal, reflete a ideia de garantia do bem jurídico, objeto da ação, fazendo-se acompanhar pelas características da referibilidade e acessoriedade. A medida aplica-se sempre que houver probabilidade de procedência do pedido do autor, seguida pelo risco de dano ao objeto da ação, frente à demora da efetivação do provimento jurisdicional final.

A medida deve estar sempre vinculada à realidade concreta a que é aplicada e não ser compreendida, apenas, como uma tutela provisória no tocante ao pedido principal. Se assim fosse, não seria tutela provisória em relação ao pedido principal, quando não pudesse ser confirmada, visto que serviria para proteger a eficácia do mérito.

O processo, como um instrumento e por não ser fim em si mesmo, preza pelas necessidades práticas para a proteção do direito material. Nesse contexto, é necessário considerar a premissa de que há providimentos cautelares que também satisfazem, podendo ser provisórios, com a possibilidade de se tornarem definitivos.³⁶³ Sendo acessória e servindo como garantia, a medida cautelar é temporária em relação ao pedido principal.

Por outro ângulo, José Roberto dos Santos Bedaque considera que a tutela cautelar apenas assegura a pretensão, ao passo que a antecipatória realiza a pretensão:

Tendo em vista posição metodológica assumida pela maioria da doutrina pátria, essa característica seria incompatível com o caráter cautelar da tutela, que somente pode ser assim considerada se se limitar a assegurar a utilidade do resultado do processo, sem implicar, todavia, a satisfação do próprio direito material postulado, mesmo que provisoriamente. Além desse, outros fundamentos são invocados pela doutrina majoritária. Para concessão da tutela cautelar, a cognição no plano material é realizada apenas para verificar a plausibilidade e o risco da demora. Na antecipação o juízo de probabilidade é feito com o fim de se entregar desde logo o bem da vida ao autor. A sentença ainda inexistente já produz efeitos como se existisse. A tutela cautelar, deferida em processo autônomo ou de forma incidente no processo de conhecimento, se esgota na prestação da segurança, garantido ao interessado não o próprio bem da vida pleiteado.³⁶⁴

De acordo com as alterações sofridas, a tutela cautelar, no CPC vigente, não é mais aplicada através de um denominado processo cautelar. O CPC/1973, em seu Livro III, com o propósito de afastar os danos ao direito da parte, não cuidava apenas da tutela cautelar, mas também de procedimentos diferenciados ali inseridos. Envolvia a tutela cautelar em sentido

³⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. t. São Paulo: RT, 1994, p. 104. “[...] no âmbito das medidas cautelares, a técnica antecipatória “conduz a que muitas delas apresentem caráter eminentemente satisfativo. Natureza essa que, revele-se, vem, afinal, a desnaturar-lhe a própria fisionomia acautelatória. É o caso da entrega de bens de uso pessoal do cônjuge (CPC, art. 888, II), dos alimentos provisionais (CPC, art. 852 e seguintes), bem como da demolição de prédio para resguardo da saúde, da segurança ou de interesse público (CPC, art. 888, VIII)”.

³⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 298-299.

estrito, artigos 798 a 887, além da tutela antecipada, art. 273, I, e as denominadas medidas provisionais, artigos 888 a 889.

O processo cautelar, no âmbito do CPC/1973, era balizado em cognição sumária. A partir dos ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira³⁶⁵ o processo cautelar mereceu destaque como um terceiro gênero, paralelamente aos processos de conhecimento e execução, representando uma tutela mediata, instrumental e não satisfativa.

Em contrapartida, no atual CPC, com a extinção do denominado processo cautelar, houve considerável adequação do procedimento da tutela cautelar. Alguns procedimentos cautelares específicos, previstos no CPC/1973, foram extintos e algumas medidas cautelares, de maior incidência prática e de natureza acautelatória, foram citadas de forma exemplificativa, conforme se depreende do art. 301 do CPC. Luiz Guilherme Marinoni assevera que:

O art. 301 demonstra que a tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material. Por esta razão, é caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade. A tutela cautelar é instrumento da tutela satisfativa, na medida em que objetiva assegurar a sua frutuosidade. Além disto, a tutela cautelar sempre se refere a uma tutela satisfativa do direito, que desde logo pode ser exigida ou que, dependendo do acontecimento de certas circunstâncias, poderá ser exigida.³⁶⁶

Ao se referir ao arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra a alienação de bens, o art. 301 do CPC objetiva assegurar o alcance da tutela efetiva do direito, de forma que menciona a *asseguração* do direito. Como é possível observar, o CPC delineou a tutela cautelar diante da tutela antecipada.

A importância do art. 301 do CPC é evidente na seara da tutela provisória. Auxilia na compreensão de que a tutela cautelar não tem o mesmo significado de tutela antecipada, ou seja, não tem o propósito de satisfazer o direito por antecipação, mas o propósito de assegurar o direito ou a tutela efetiva do direito material.

O procedimento para todas as medidas, requeridas em caráter antecedente, encontra previsão nos artigos 305 a 310 do CPC. Em sua essência, a instrumentalidade da medida cautelar, tanto sob o contexto do CPC/1973 como do atual CPC, mostra-se fundamental para o alcance de uma tutela efetiva. A garantia constitucional, prevista no art. 5º, XXXV, da CF, nunca excluirá a apreciação de um direito plausível, que terá grandes chances de ser reconhecido.

³⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O processo cautelar*. In: *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 230.

³⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 69.

Acrescentam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que: “[...] se a tutela cautelar é instrumento de algo, ela somente pode ser instrumento para assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso”.³⁶⁷

A raiz constitucional da tutela cautelar demonstra que a efetiva prestação da tutela, cognitiva ou executiva, na grande maioria das vezes depende da proteção direcionada ao direito provável, a fim de que seu reconhecimento ao final, não seja ineficaz. O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, refletindo na plausibilidade do direito da parte e no risco de irreparabilidade ou de difícil reparação, sinalizam que a parte faz *jus* à tutela cautelar. Trata-se de uma garantia do resultado útil do provimento jurisdicional considerado principal.

A tutela cautelar é obtida como providência diversa daquela que se postula em caráter principal. O CPC corrige as impropriedades do CPC/1973, consolidando o entendimento da tutela cautelar como uma tutela de mera segurança em relação à declaração ou efetivação de um direito ainda incerto. Este direito será definido no acolhimento ou rejeição do pedido principal.

Não há mais coerência em ser utilizada a denominação de processo principal, uma vez que toda a sistemática do CPC, a pretensão principal do autor da cautelar antecedente, deve ser formulada por aditamento nos próprios autos, a ser tomado como ato de prosseguimento, art. 308, *caput*, do CPC. Prevê o CPC, a partir do art. 305, um procedimento próprio, com a finalidade de evitar que o processo seja fadado à inutilidade enquanto instrumento.

Embora o legislador não tenha descrito as hipóteses de cabimento do arresto,³⁶⁸ do sequestro, do arrolamento de bens e do registro de protesto contra alienação, é inafastável que tais medidas cautelares se submetem aos requisitos comuns da tutela cautelar: probabilidade do direito e perigo na demora, o que se enquadra na expressão *risco ao resultado útil do processo*.

O CPC entendeu por bem incorporar o significado dos termos citados, da forma como eram vistos na legislação anterior, com o propósito de asseguuração dos direitos em caso de

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 25, v. 4.

³⁶⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 187-188. “[...] é possível o requerimento, em caráter antecedente, de tutela cautelar de arresto de bens daquele que tem dissipado o seu patrimônio e que, futuramente, será réu em demanda ressarcitória. A utilidade do processamento da pretensão principal, no caso, o efetivo ressarcimento do autor, depende diretamente da medida acautelatória antecedente, ou seja, de nada adiantará o processo se, ao final, o réu não tiver bem aptos à expropriação. Esse exemplo também serve para pontuar a diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, já que o arresto nada satisfaz, só adquirindo a eficácia de penhora depois de nova constrição, na linha do que era disposto pelo art. 818 do revogado CPC/73”.

perigo da infrutuosidade da tutela ao direito à reparação ou ressarcimento, ou seja, quando identificado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Enfatizamos que o CPC não mais prevê o denominado processo cautelar autônomo, apenas esclarece que a tutela cautelar pode ser deferida, desde que preenchidos os requisitos, antes ou no curso do processo. No entanto, a tutela cautelar carrega as características de uma modalidade autônoma de tutela, uma autonomia funcional, conforme posicionamento adotado ao longo do estudo.

Em face do apresentado, torna-se vital a reflexão sobre as especificidades mencionadas e sobre o aspecto estrutural a seguir. Ademais, a tutela cautelar apresenta objeto diverso das demais espécies de tutelas, pois não visa declarar ou obter satisfação, e sim prestar tutela de mera segurança à efetividade das demais tutelas. Traz o escopo de neutralizar os riscos que a *duração do processo* possa causar ao final, garantindo que os provimentos não sejam declarações desprovidas de eficácia prática.

4 TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

4.1 Natureza da tutela cautelar

Pela normatização do texto do CPC, a tutela cautelar requerida em caráter antecedente é uma subespécie da tutela de urgência que, por sua vez, constitui espécie da tutela provisória. A urgência ensejadora da tutela provisória corresponde, efetivamente, a qualquer situação apta a gerar dano irreparável. Caracteriza-se pela busca em prol da garantia de um resultado útil para pretensão diversa denominada *principal*. Acrescenta Marcus Vinicius Rios Gonçalves que:

A tutela provisória pode ser classificada pela natureza, fundamentação ou momento em que requerida. Conforme a natureza, pode ser antecipada ou cautelar; quanto à fundamentação, de urgência ou de evidência; e quanto ao momento de concessão, antecedente ou incidental.³⁶⁹

Para Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira: “A tutela provisória cautelar antecedente é aquela requerida dentro do mesmo processo em que se pretende, posteriormente, formular o pedido de tutela definitiva, cautelar e satisfativa”.³⁷⁰ Sustentam que o legislador prevê um procedimento próprio, conforme art. 305 e seguintes do CPC.

Para a concessão da tutela, em caráter antecedente ou incidental, são imprescindíveis os elementos que indicam a probabilidade do direito e do perigo ocasionado pela demora da prestação jurisdicional. Torna-se claro o objetivo de adiantar, provisoriamente, a eficácia da tutela definitiva cautelar, além de assegurar a eficácia futura da tutela definitiva satisfativa.

Ensina Kazuo Watanabe³⁷¹ que o tempo responsável pela delonga da prestação jurisdicional pode comprometer a prestação da tutela jurisdicional ou nenhum proveito trazer àquele que a busca. Sendo manifesta a violação do direito, não há dúvidas de que possa ser acautelado antes ou durante o accertamento ou mesmo na fase do cumprimento da sentença.

A tutela cautelar antecedente, com requisitos consagrados no art. 300 do CPC, revela-se ampla e irrestrita comprovando que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* se coadunam ao caso concreto.

Apresenta como foco a satisfação futura da pretensão, ao contrário da tutela antecipada que proporciona a satisfação imediata do direito da parte, para garantia posterior da utilidade

³⁶⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. *Manual de direito processual civil esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 561.

³⁷⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 626, v. 2.

³⁷¹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

do processo. Nos dizeres de Pontes de Miranda “*a tutela cautelar garante para satisfazer*”.³⁷² Existem diversas premissas quanto à natureza da tutela cautelar, das quais serão eleitas algumas delas.

A tutela cautelar pode ser vista, por parcela da doutrina, como assecuratória³⁷³ da tutela consagrada pelo direito material, consistindo em um direito da parte e um dever do Estado.³⁷⁴

Por seu turno, Eduardo Arruda Alvim³⁷⁵ entende que a tutela cautelar antecedente, prevista entre os artigos 305 a 310 do CPC, tem natureza conservativa, tratando-se de tutela de urgência cautelar *ante causam* ou preparatória. O requerimento antecedente de uma tutela provisória de urgência demonstra o propósito de resguardar ou conservar o resultado útil do processo, em conformidade com o art. 300 do CPC.³⁷⁶

Nesse sentido, evita-se que o processo enquanto instrumento seja inútil. Destacamos que na sistemática do CPC vigente não mais falamos em processo principal, sendo que a

³⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao CPC*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t.6.

³⁷³ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2019, p. 51. “[...] A tutela cautelar não pode ser confundida com a tutela antecipada: a tutela cautelar apenas assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, ao passo que a tutela antecipada logo possibilita a imediata realização do direito. Nessa linha, a satisfatividade converte-se em “requisito negativo da tutela cautelar”.

³⁷⁴ No mesmo sentido: MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais (processo civil moderno, v. 4)*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p.69-70. “A tutela cautelar tem escopo assecuratório: garantir a eficácia e a utilidade jurisdicional pleiteada em caráter “principal” – em outro processo (de conhecimento ou de execução) ou no mesmo processo (no caso do § 7º do art. 273 do CPC). Tem a tutela cautelar dupla instrumentalidade (instrumento para a proteção de um outro instrumento, qual seja, o processo de conhecimento ou de execução). A tutela cautelar, a rigor, não realiza a satisfação da pretensão da parte, mas cria condições para que tal satisfação se dê, se acolhido o pedido principal. Tecnicamente, não há espaço para se falar em tutela “cautelar satisfativa”. A rigor, se a medida é satisfativa não é cautelar; se é cautelar, não poderá ser satisfativa”.

³⁷⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 187.

³⁷⁶ Parcela da doutrina considera que o legislador incorreu em erro ao se referir a “tutela de urgência” para combater o “perigo de dano” ou o “risco ao resultado útil do processo” (art. 300 do CPC/2015): MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016, p. 231-232. “[...] supôs o legislador que a tutela cautelar é uma tutela voltada a afastar o “risco ao resultado útil ao processo” – como se o requerimento de tutela cautelar pela parte não visasse à prestação à tutela do seu próprio direito. Vale dizer: a tutela cautelar não é uma tutela para proteção do processo – como pensou a doutrina há muitas e muitas décadas atrás, embalada pela metáfora policialasca do provimento cautelar como polícia do processo. É uma tutela do direito da parte. Nesse sentido, a compreensão do significado da locução “risco ao resultado útil do processo” só pode significar que, sem a “tutela provisória”, a tutela do direito corre o perigo de não poder ser realizada – daí a necessidade de satisfazer ou acautelar imediatamente o direito. Se o legislador quisesse ser ao mesmo tempo mais preciso do ponto de vista da estruturação do regime da “tutela provisória” e mais permeável às necessidades do direito material que cabe ao processo tutelar, poderia ser caracterizado a urgência que a fundamenta alcançando mão simplesmente do conceito de perigo na demora. Como é intuitivo, é preciso decidir de forma provisória justamente porque não é possível conviver com a demora: sem “tutela provisória” capaz de satisfazer ou acautelar o direito, corre-se o risco de não poder ser realizado. O perigo na demora (*periculum in mora*), portanto, é o termo que traduz de maneira mais apurada a urgência no processo”.

pretensão principal do autor, da cautelar antecedente, será formulada por aditamento nos próprios autos, art. 308 do CPC.

Ainda com a atenção voltada à natureza da tutela cautelar, Luiz Guilherme Marinoni entende que a tutela cautelar é a tutela assecuratória da tutela prometida pelo direito material, assim como da situação a que o direito material confere tutela jurídica. Não se baseia no direito de ação, mas no plano do direito material. Acrescenta que:

Se a tutela cautelar foi reconhecida como tutela a serviço do Estado há aproximadamente um século, não é possível esquecer que o Estado constitucional tem o dever de tutelar os direitos fundamentais e, em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), o dever de tutelar de forma efetiva todo e qualquer direito. Assim, não há como deixar de enxergar na tutela cautelar um dever do Estado, imprescindível para se outorgar segurança às situações a que o Estado deve tutela jurídica, bem como para que a tutela do direito material possa ser prestada de forma efetiva.³⁷⁷

O autor assevera que a tutela cautelar não deveria ser vista como instrumento apto a assegurar a utilidade do processo, pois a única utilidade que o demandante busca, quando vai a juízo, é a tutela do direito material. Portanto, a tutela cautelar deve estar relacionada com a efetividade da tutela do direito ou com a segurança da situação tutelável.

Para o autor, nesse segmento de raciocínio, a doutrina clássica ao entender que a tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade do processo, assevera que tal efetividade estaria condicionada à prolação da sentença do litígio, ou seja, “*nasceria para morrer*”. Assim, a considerar e defender que a ausência de percepção de que a tutela cautelar se destina a assegurar uma tutela do direito, não se tratando de simples decisão proferida com base em cognição sumária, fez com que a doutrina incidisse em erro ao vincular o tempo de vida da tutela cautelar à sentença condenatória.³⁷⁸

Para os adeptos deste posicionamento, as sentenças condenatória, mandamental e executiva, por dependerem da execução, não podem substituir a tutela cautelar. A tutela cautelar não se destina a resguardar o processo que resulta em condenação, mas a garantir a frutuosidade da tutela do direito material que dependa de técnicas condenatória e executiva.

³⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 78.

³⁷⁸ Ovídio Baptista da Silva também mantinha esse entendimento. Manifestava-se no sentido de que o arresto não poderia simplesmente desaparecer após a prolação de uma sentença condenatória. Entendia que a tutela cautelar tinha natureza temporária e não provisória, com o dever de vincular-se apenas à situação de perigo que ameaçava o direito. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 73, v. 3. “*Para a doutrina em geral que descende de Calamandrei a nota específica que define a cautelaridade é sua condição de tutela provisória. O pressuposto de que a tutela cautelar seja uma forma de proteção provisória está intimamente ligado à premissa principal de que parte essa doutrina, que é a conceituação da tutela cautelar como instrumento de proteção ou, como dizia Calamandrei, a tutela cautelar como instrumento do instrumento*”.

De nossa parte, aderimos ao posicionamento de que a tutela cautelar se destina a assegurar o futuro resultado útil do processo, em casos nos quais a situação de perigo coloque em risco a sua efetividade.

4.2 Interação entre os pressupostos comuns da tutela cautelar e da tutela antecipada

As tutelas de urgência, cautelares e antecipadas,³⁷⁹ cingem-se nos requisitos comuns do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.³⁸⁰ A tutela de urgência não exige a demonstração da existência do direito material em risco, ainda mais que se trata de um litígio cuja comprovação e declaração ocorrerá ao final do processo. Para a concessão da tutela cautelar, basta que o direito em risco seja identificado como o interesse justificador ao direito de ação.

Tomando como parâmetro o estreitamento entre os requisitos comuns, retornamos à questão controvertida atinente à possibilidade, ou não, da aceitação de diferenciação de graus de cognição. Parte da doutrina entende que esse estreitamento provocou a *perda de sentido da discussão*, em torno dos diferentes graus de cognição judicial, na concessão da tutela satisfativa e cautelar.³⁸¹

Para os adeptos desse posicionamento, pautava-se, inicialmente, na reflexão de que a cognição sumária realizada para o deferimento da tutela provisória satisfativa, era mais robusta do que a cognição para a concessão do pedido de tutela cautelar, que mostrava-se superficial e não sumária.³⁸² Sequencialmente, para os que assim compreendem, após a entrada em vigor do CPC, a discussão perdeu força, visto que o deferimento do pedido de tutela de urgência funda-

³⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 607, v. 2. “Em ambos os casos, a sua concessão pressupõe, genericamente, a demonstração da probabilidade do direito (tradicionalmente conhecida como “*fumus boni iuris*”) e, junto a isso, a demonstração do perigo de dano ou de ilícito, ou ainda do comprometimento da utilidade do resultado final que a demora do processo representa (tradicionalmente conhecido como “*periculum in mora*”) (artigo 300, CPC)”.

³⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 623, v. I. “[...] Não há mais exigências particulares para obtenção da antecipação de efeitos da tutela definitiva (de mérito). Não se faz a distinção de pedido cautelar amparado na aparência de bom direito e pedido antecipatório amparado em prova inequívoca”.

³⁸¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 514. “Os pressupostos para a concessão da liminar de urgência não são examinados separadamente e, depois, somados, como se se estivesse diante de uma operação matemática. Há mútua influência, verdadeira interação entre eles”.

³⁸² PAVONI, Mariana Melo de Carvalho. *Tutela provisória: a técnica da antecipação a serviço da efetividade da jurisdição*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 384.

se na existência do risco de dano, permanente ou de difícil reparação, que atenua a necessidade de o juízo analisar a probabilidade do direito.

Em contrapartida, o posicionamento, com o qual nos filiamos, aceita a possibilidade de diferenciação de graus, no que concerne à cognição, para a concessão da tutela cautelar e tutela antecipada.

Ademais, determina o art. 300, *caput*, do CPC que para a concessão da tutela de urgência, devem estar presentes os requisitos positivos: a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Neste sentido, conforme entendimento jurisprudencial, cabe ao juiz avaliar a existência de elementos que evidenciem a probabilidade de ter ocorrido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante.³⁸³

Conforme o CPC/1973, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* implicava na concessão da tutela cautelar. Sempre se fazia uso da assertiva de que os dois requisitos, o *fumus boni iuris* ao lado do *periculum in mora*, representavam o mérito do processo cautelar, não se tratando de condições da ação cautelar. Ambos constituíam condições para obtenção do provimento pleiteado, sem ser afastada a necessidade de serem devidamente provados.³⁸⁴

Em sucinta comparação, o art. 801, IV, do CPC/1973 determinava a exposição sumária do direito ameaçado, ao passo que o vigente art. 305 do CPC exige que a inicial, veiculadora da tutela cautelar antecedente, além de indicar a lide e seus fundamentos, proceda à exposição sumária do direito que se objetiva assegurar. Mencionadas expressões correspondem ao *fumus boni iuris*.

³⁸³ “AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CAUTELAR ANTECEDENTE - CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DE VEÍCULO - INADIMPLÊNCIA - INDÍCIOS DE FRAUDE - BUSCA E APREENSÃO - CABIMENTO. É cabível o deferimento de tutela provisória de urgência cautelar antecedente se preenchidos os requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* previstos no art. 300, do CPC. Vislumbrando-se a probabilidade do direito do autor, que não recebeu o valor pactuado pela venda do veículo e havendo indícios de fraude na celebração do negócio, sendo os fatos objeto de inquérito policial para apuração da ocorrência de conduta criminosa praticada pelo comprador, bem como presente o perigo de dano diante do risco de deterioração ou ocultação do automóvel, mostra-se cabível o deferimento de medida cautelar para a busca e apreensão do veículo a fim de resguardar os interesses do credor. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Tutela provisória de urgência Cautelar Antecedente. AI nº 6020596-65.2020.8.13.0000, de Minas Gerais. Relator: Estevão Lucchesi. 14ª Câmara de Direito Civil. Minas Gerais, 25 de fevereiro de 2021. Tribunal de Justiça de Minas Gerais). Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=6020596-65.2020.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquis ar>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

³⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 163.

Para a concessão da tutela cautelar, o juiz deve se convencer sumariamente da existência do direito ou, no mínimo, cogitar a possibilidade de reconhecê-lo em sede de cognição exauriente. Os elementos, apresentados ao juiz, devem de imediato demonstrar a credibilidade do direito invocado. A *contrario sensu*, se em sede de cognição sumária a pretensão do autor revelar-se inviável, não haverá tutela cautelar a ser concedida.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart o juiz decidia, na seara do então processo cautelar, atrelado na verossimilhança *preponderante*. Referida asserção significa *sacrificar o improvável em benefício do provável*, como será analisado à frente. Seguem os autores o raciocínio de que se a tutela cautelar tem como pressupostos o *fumus boni iuris* e o perigo de dano, não se pode exigir mais do que a verossimilhança preponderante, de modo que “*o requisito da fumaça do bom direito quer dizer que é bastante, para a concessão da tutela cautelar, a convicção de que o direito afirmado pelo autor prepondera sobre a posição jurídica do réu*”.³⁸⁵

O *fumus boni iuris* representa, para grande maioria da doutrina, a plausibilidade de existência do direito alegado. Na visão de Piero Calamandrei o requisito simboliza um juízo hipotético de probabilidade do direito da parte, sob cognição sumária. Havendo a possibilidade de ser acatado o pedido principal, haverá o *fumus boni iuris* da maneira como esclarece o autor:

Por aquilo que se refere à investigação sobre o direito, a cognição cautelar se limita em cada caso a um juízo de probabilidade e de verossimilhança. Declarar a existência do direito é função do procedimento principal: em sede cautelar basta que a existência do direito pareça verossímil, ou seja, melhor dizendo, basta que segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que o procedimento principal declarará o direito em sentido favorável àquele que requeira a medida cautelar. O êxito dessa cognição sumária sobre a existência do direito tem, portanto, em cada caso, valor não de declaração, mas de hipóteses: *se essa hipótese corresponde à realidade se poderá ver somente quando for emanado um procedimento principal*.³⁸⁶

No entender de Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, essa ideia é manifesta no sistema atual “*quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito*”,³⁸⁷ com acréscimo de requisitos mais detalhados. Prosseguem os autores no sentido de que há determinação expressa quanto à realização de um juízo de probabilidade, acerca do

³⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 147, v. 4.

³⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 99-100.

³⁸⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 82.

direito pleiteado, além de existirem elementos de fato e de direito que tornem evidente essa probabilidade.

Não é qualquer interesse que se mostra ensejador de tutela no processo, do mesmo modo que o juízo necessário não é o da *certeza* mas, nos dizeres de Humberto Theodoro Junior,³⁸⁸ o de verossimilhança que se dá de forma provisória e sumária, de acordo com os elementos trazidos pela parte.

Cabe consignar que se da narrativa dos fatos, pelo autor da tutela de urgência, for alcançada a conclusão de que não há possibilidade de êxito, para o autor, na composição definitiva da lide, não seria o caso de deferimento do pedido.³⁸⁹

O simples perigo de dano mostra-se insuficiente quando a tutela do direito material não é provável ou verossímil, o que conduz a uma probabilidade relacionada à locução *fumus boni iuris*³⁹⁰. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart advertem que:

Para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da conseqüente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas. A tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam uma porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente.³⁹¹

A probabilidade da outorga da tutela do direito, além de representar um requisito da tutela cautelar, não pode ser afastada pela sua evidência, pois não pode existir situação que faça com que o juiz crie sua valoração para concessão da própria tutela do direito ameaçado. A tutela do direito não depende da elucidação de fatos ou, ainda, da produção específica de

³⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I.

³⁸⁹ Art. 330, § 1º, III, do CPC/2015.

³⁹⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil. Processo cautelar e procedimentos especiais*. 8. ed. revista, ampliada e atualizada com a reforma processual – 2006/2007. São Paulo: RT, 2007, p. 36, v. 3. “A expressão *fumus boni iuris* significa aparência de bom direito, e é correlata as expressões *cognição sumária, não exauriente, incompleta, superficial ou perfunctória. Quem decide com base em fumus não têm conhecimento pleno e total dos fatos e, portanto, ainda não tem certeza quanto a qual seja o direito aplicável. Justamente por isso é que, no processo cautelar, nada se decide acerca do direito da parte. Decide-se: se A tiver o direito que alega ter (o que é provável), devo conceder a medida pleiteada, sob pena do risco de, não sendo ela concedida, o processo principal não poder ser eficaz (porque, por exemplo, o devedor não terá mais bens para satisfazer o crédito). Esta última característica de que acima se falou (o risco) é que a doutrina chama de *periculum in mora*. É significativa da circunstância de que ou a medida é concedida quando se a pleiteia ou, depois, de nada mais adiantará a sua concessão. O risco da demora é um risco de ineficácia”.*

³⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 30-31, v. 4.

provas, além das provas documentais. O juiz tem o poder de formar sua convicção, inclusive sobre a oportunidade de quando conceder a tutela de direito.³⁹²

Oportuna a colocação de João Batista Lopes no sentido de que a probabilidade apresenta graus, de forma distinta da *certeza*.³⁹³ Para o autor, a simples aplicação da regra do art. 300 do CPC não se preocupa com a diferença entre tutela antecipada e tutela cautelar. Esta última caracteriza-se pela instrumentalidade hipotética ou instrumentalidade ao quadrado, ao contrário da primeira que se destina a realizar o direito provisoriamente.

A tutela cautelar exige menos rigor do juiz para a sua concessão, não sendo possível afastar a distinção entre as modalidades, para acolhida ao fato de que a lei menciona o termo *probabilidade* como requisito suficiente para ambas.

Portanto, para fins de obtenção da tutela de urgência, seja cautelar ou antecipada, cabe ao autor convencer o juiz de que há uma probabilidade de que a tutela final lhe seja concedida.³⁹⁴ A convicção dessa probabilidade advém do perigo de dano, a reclamar uma tutela jurisdicional imediata. Encontra previsão expressa na regra processual, art. 300 do CPC, que traz a premissa de que ao juiz é suficiente a convicção da probabilidade, bastando que seja preponderante.

Observa Luiz Guilherme Marinoni que:

Decidir com base na probabilidade preponderante *significa sacrificar o improvável em benefício do provável*. E nem poderia ser diferente, mesmo que não houvesse tal

³⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. t. São Paulo: RT, 1994, p. 62-63. “A tutela cautelar tem como pressuposto o *fumus boni iuris*, ou seja, a aparência do bom direito. Se tivermos mais do que o *fumus*, por serem desnecessárias outras provas além daquelas trazidas aos autos com a petição inicial, inexistente situação de aparência, mas situação em que o direito é evidenciável *prima facie*. Em situações como esta, como é absolutamente lógico, é completamente desnecessária a tutela cautelar e, muito menos, o processo de cognição exauriente que ele deverá seguir. Esta constatação é sobremaneira importante, e evidencia a necessidade de termos apenas medidas (sem processo) cautelares e antecipatórias dentro de um procedimento abreviado, que bem pode ser o ordinário com o julgamento antecipado da lide. Aparência, pois, é pressuposto tanto da tutela cautelar, como da tutela antecipatória, sendo completamente estranha, porém, a outra espécie de tutela de urgência, precisamente a do mandado de segurança, que possui procedimento abreviado, mas cognição exauriente”.

³⁹³ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. *Tutela provisória: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018, p. 102. “Com efeito, a probabilidade tem graus (máxima, média, mínima). O clássico MALATESTA observa que, enquanto a certeza não é passível de graduação – “tem-se certeza ou não se tem” – a probabilidade depende da aferição dos motivos convergentes e divergentes. Assim, na medida em que aumentam os primeiros, cresce a probabilidade, e vice-versa (o aumento dos motivos divergentes acarreta a diminuição da probabilidade”.

³⁹⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 208. “O *fumus boni iuris* – ou, como também se costuma designar “aparência do bom direito” – ou ainda a probabilidade do direito é aqui empregada como sinônimo de uma comissão sumária, não exauriente, sem maiores preocupações em estabelecer graus distintos de intensidade para formar o convencimento do juiz. É, segundo pensamos, o quanto basta para bem situar esse requisito no plano da tutela de urgência; o resto é, com o devido respeito, “ser mais realista que o rei”.

expressa autorização, pois não há racionalidade em negar tutela a um direito que corre o risco de ser lesado sob o argumento de que não há convicção da verdade.³⁹⁵

Relevante frisar que o requisito, atinente à probabilidade, não pode ser taxado como idêntico para a concessão da tutela de urgência antecipada e para a concessão da tutela de urgência cautelar, considerando que o grau de cognição do juiz difere na apreciação de ambas. Conforme mencionado anteriormente, em caso de tutela de urgência antecipada o juiz realiza cognição sumária, enquanto na tutela de urgência cautelar o juiz realiza uma cognição superficial.³⁹⁶

De toda a sorte, a tutela cautelar e a tutela antecipada não estão relacionadas ao aprofundamento do contraditório e da convicção do juiz, o que demandaria tempo e criaria um obstáculo à concessão da tutela de urgência.³⁹⁷ Embora seja indiscutível que a probabilidade se mostre como fator de peso para a tutela de urgência, deve estar relacionada com os pressupostos da tutela almejada ao final. Complementa Daniel Mitidiero:

A *probabilidade* constitui descrição em maior ou menor grau aproximada da verdade. Afirmar que determinada alegação é provável significa que a proposição corresponde, em determinada medida, à verdade. Isso quer dizer que a *probabilidade* concerne a uma *alegação concreta* e indica a existência de validade das razões para tomá-la como correspondente à *realidade*. A *verossimilhança*, de outro lado, não diz respeito a verdade de determinada proposição. A verossimilhança apenas indica conformidade da afirmação àquilo que *normalmente acontece (id quod plerumque accidit)* e, portanto, vincula-se a simples *possibilidade* de que algo tenha ocorrido e não em face de sua precedente ocorrência em geral.³⁹⁸

³⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 145.

³⁹⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 82. “[...] Em caso de tutela de urgência antecipada deve o juiz realizar cognição sumária, ou seja, deve realizar cognição com um grau médio de profundidade; enquanto em caso de tutela de urgência cautelar deve o magistrado realizar cognição superficial, ou seja, deve realizar cognição com um grau leve de profundidade. Em outros termos, como vimos quando do estudo da cognição no plano vertical ou quanto à profundidade, na tutela antecipada o grau de conhecimento do tema deve levar o juiz a um “deve ser”, enquanto na tutela cautelar basta que seu grau de conhecimento do tema o leve a um “pode ser””.

³⁹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 162. “A tutela de urgência pode ser deferida antes da oitiva da parte contrária (inaudita altera parte), liminarmente ou após a realização de uma audiência de justificação prévia (em que se permita ao demandante produzir a demonstrar a presença dos requisitos de sua concessão). Trata-se de uma exceção ao princípio do contraditório, que exige debate prévio acerca do conteúdo das decisões capazes de afetar a esfera jurídica das pessoas, e que resulta do modelo constitucional de processo (art. 5º, LV, da Constituição da República) e constitui uma das normas fundamentais do CPC (arts. 9º e 10). Tem-se aqui, uma limitação inerente ao contraditório, o qual não pode ser transformado em um mecanismo obstativo do pleno acesso à justiça. Pois é exatamente por isso que o próprio CPC prevê expressamente a possibilidade de concessão de tutela provisória de urgência sem prévia oitiva da parte contra quem a decisão será proferida (art. 9º, parágrafo único, I). E é importante frisar que esta possibilidade de concessão inaudita altera parte da tutela provisória de urgência é perfeitamente compatível com o modelo constitucional do processo, já que o princípio constitucional do contraditório – como qualquer outro princípio – pode conhecer exceções que também tenham legitimidade constitucional, como se dá no caso em exame, em que a regra que autoriza a concessão liminar da tutela de urgência encontra guarida no princípio constitucional de acesso à justiça”.

³⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2019, p. 115.

Registre-se que é muito comum na doutrina processual a confusão entre os termos verossimilhança e probabilidade.³⁹⁹ O equívoco remonta a um ensaio de Piero Calamandrei no qual o termo verossimilhança aparecia não apenas como conceito relacionado ao que normalmente acontece, mas também como “*termo atinente àquilo que é corroborado mediante prova prima facie, provas leviores – que Calamandrei chegou a chamar de verossimilhança qualificada*”.⁴⁰⁰

A rigor as duas acepções são distintas. A verossimilhança conta como padrão com a normalidade o que se dá em casos semelhantes, ao passo que a probabilidade traça uma correspondência com determinada proposição com a realidade, ou seja, com o que ocorreu em determinado caso. O objeto da verossimilhança é diverso do objeto da probabilidade. Apesar de evidente equívoco, a doutrina rebateu em favor de Calamandrei no sentido de que “*dizer que algo é verossímil pressupõe algum saber sobre a realidade*”.⁴⁰¹

O juiz ao formar a sua convicção de verossimilhança, baseia-se em uma cognição sumária, isto é, em uma cognição menos aprofundada, a caminho da cognição exauriente dos fatos abrangidos pelo litígio. A decisão baseada na cognição exauriente exige a realização do contraditório, com o tempo apto para a produção das provas e alegações.

No entanto, a questão não se apresenta de forma simples. Árdua controvérsia surge sobre a consideração de o provimento ser baseado em cognição exauriente ou fundado em cognição sumária e sobre o desencadeamento, ou não, da coisa julgada material. Neste aspecto, há uma divisão doutrinária o que leva parte da doutrina a entender que o provimento baseado em cognição exauriente, produz a coisa julgada material. Desse modo, o provimento fundado em cognição sumária, fica restrito à probabilidade da concessão da tutela.⁴⁰²

Através dos argumentos, até agora colacionados, atinge-se a conclusão de que o *fumus boni iuris* está vinculado ao direito principal a ser tutelado. Além do que foi apresentado, o CPC/1973 vinculava o *fumus boni iuris* ao fato de o autor ter direito à ação principal, posição minoritária defendida por Humberto Theodoro Junior,⁴⁰³ Ronaldo Cunha Campos, entre outros.

³⁹⁹ Daniel Mitidiero utilizou as expressões, sem distinção, em 2009. Posteriormente, adotou distinção entre as expressões. (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019, p. 115).

⁴⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019, p. 116.

⁴⁰¹ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 70.

⁴⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 31, v. 4.

⁴⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2010, p. 61-64. Apresenta, Humberto Theodoro Junior, a “*Moderna visão do problema do fumus boni iuris*”, afirmando que

Todavia, a posição acima, deve ser avaliada com cautela, não parecendo ser a mais correta. A nosso ver, o *fumus boni iuris* está vinculado ao direito substancial que a tutela cautelar visa a assegurar. No entender de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro⁴⁰⁴ não se trata de uma simples tarefa a distinção entre os planos das condições da ação e do mérito. Para o autor, com o qual concordamos, não há como imaginar a defesa de uma tutela sem ser feita consideração sobre a sua viabilidade futura. Em verdade, a tutela cautelar serve à pretensão de direito material que, através dele, se almeja.

Por outro ângulo, o segundo requisito para a concessão da tutela de urgência é o perigo de dano ou o risco de resultado útil do processo, denominado *periculum in mora* no CPC/1973.

Para o alcance da tutela de urgência, deve haver o fundado temor de que, na espera da tutela definitiva, faltem circunstâncias favoráveis à própria tutela. Tal quesito se apresenta quando existe risco de perecimento, destruição, desvio de bens ou provas, entre outros fatores, para a eficaz atuação do provimento final do processo, o que é amplamente consolidado pelo entendimento jurisprudencial.⁴⁰⁵

O perigo do dano⁴⁰⁶ está relacionado ao interesse processual no alcance da solução do litígio, ainda que para uma parte em detrimento da outra parte, o que será afastado caso se concretize o dano. Com relação ao perigo de dano, Humberto Theodoro Junior informa que:

não existe um direito substancial de cautela, e que o processo cautelar assegura a eficácia e utilidade ao provimento do processo principal. Defende que o requisito da ação cautelar, conhecido como o *fumus boni iuris*, não está relacionada com a probabilidade do direito material da ação principal, mas com o fato de que a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado. Registra que tal assertiva é compartilhada por Ronaldo Cunha Campos, ao ratificar que o direito de ação não se confunde com o direito subjetivo material.

⁴⁰⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 141.

⁴⁰⁵ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR ANTECEDENTE. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. PERIGO DE DANO NÃO DEMONSTRADO. 1. A tutela cautelar antecedente é uma espécie de tutela de urgência, cabível quando há risco de perecimento do direito ou risco ao resultado útil do processo. 2. Não se vislumbra a urgência da medida, quando inexistente alegação e comprovação de que os contratos, os quais se busca a exibição, estejam em vias de serem destruídos. 3. Nessas hipóteses, a exibição pretendida deverá ser realizada na via adequada (art. 396 e seguintes do CPC), a qual não requer qualquer demonstração do perigo de dano. 4. Recurso conhecido e desprovido”. (DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Tutela de Urgência Cautelar Antecedente. Exibição de documento. Perigo de dano não demonstrado. AI nº 0709612-51.2020.8.07.0000, do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Getúlio Moraes Oliveira. 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Brasília (DF), 22 de julho de 2020. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - SISTJWEB, Pesquisa de Documentos Jurídico). Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894535039/7096125120208070000-df-0709612-5120208070000>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

⁴⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 30, v. 4. “É o que pode ocorrer, por exemplo, na ação de reivindicação de posse, caso o demandado passe a praticar atos de destruição do imóvel cuja posse é reivindicada. No caso, temendo o autor encontrar a coisa destruída, poderá requerer a tutela cautelar de sequestro para que, em caso de reconhecimento do direito material, a tutela reivindicatória tem efetividade. Nesta situação, o perigo de dano se liga à inefetividade ou à inutilidade da tutela do direito almejada através da ação a ser proposta ou já em curso”.

[...] Ele nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Pretende-se combater os riscos de injustiça ou de dano derivados da espera pela finalização do curso normal do processo. Há que se demonstrar, portanto, o “perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional” (NCPC, art. 300). Esse dano corresponde, assim, a uma alteração na situação de fato existente ao tempo do estabelecimento da controvérsia – ou seja, do surgimento da lide – que é decorrência anterior ao processo. Não impedir sua consumação comprometerá a efetividade da tutela jurisdicional a que faz *jus* o litigante.⁴⁰⁷

Em verdade, o risco ou perigo de dano é o que a doutrina denomina *periculum in mora*. Resulta da circunstância de que a medida deve ser concedida quando pleiteada, visto que se concedida em momento posterior, pouco ou nenhuma eficácia terá. O risco da demora associa-se ao risco da ineficácia.

Não é difícil perceber que o elemento comum, mais relevante, existente entre ambas as modalidades de tutela de urgência, ou seja, entre as tutelas cautelares e antecipatórias, é o *periculum in mora* mencionado em passagens da lei processual.

É o que Andrea Proto Pisani⁴⁰⁸ menciona ao tratar os provimentos antecipatórios como espécie do gênero cautelar, vislumbrando duas classificações de *periculum in mora*: *pericolo da infruttuosità*⁴⁰⁹ e *pericolo da tardività* ou *retardo*.⁴¹⁰ O primeiro refere-se a um provimento conservativo, tipicamente cautelar, e o segundo refere-se a uma providência antecipatória.

A doutrina pátria entende que a tutela cautelar pressupõe uma situação tutelável, a considerar que o direito material esteja exposto a perigo.⁴¹¹ Em sentido oposto, quanto ao significado da expressão, explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que o perigo de dano não deve ser identificado com o *periculum in mora*:

O perigo de dano deve ser fundado em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não em meras conjecturas da ordem subjetiva. Além disto, embora o perigo de dano faça surgir uma situação de urgência, tornando insuportável a demora não há razão para identificar perigo de dano com o *periculum in mora*, como se ambos tivessem o mesmo significado. O perigo de dano faz surgir o perigo da demora do processo, existindo, aí uma relação de causa e efeito. Por isto

⁴⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 624-625, v. I.

⁴⁰⁸ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 602.

⁴⁰⁹ Tradução livre: perigo da infrutuosidade.

⁴¹⁰ Tradução livre: perigo de atraso.

⁴¹¹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais (processo civil moderno)*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, v. 4. “O *periculum in mora*, ou perigo da demora, referenciado no art. 798 do CPC, caracteriza-se pelo risco de perecimento do direito tutelado ou a ser tutelado no processo principal, caso não seja protegido naquele exato momento. (...) O risco de dano a ser objetivamente considerado (fundado em motivos que possam ser demonstrados, e não em temor subjetivo) deve ser grave e simultaneamente irreparável ou de difícil reparação. Por dano grave entende-se aquele capaz de suprimir consideravelmente a pretensão buscada em sede principal, e por dano irreparável ou de difícil reparação aquele incapaz de ser reparado em natura ou no equivalente pelo seu causador”.

mesmo, para se evidenciar a necessidade da tutela cautelar, não basta alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência da sua causa, ou seja, o perigo de dano.⁴¹²

Também entendemos que para atingirmos uma clara noção do *periculum in mora*, não é suficiente que o interesse de agir tenha origem em um estado de perigo e que o procedimento invocado se manifeste como forma preventiva de um dano temido.

Elucida Piero Calamandrei⁴¹³ ser necessário, em razão do iminente perigo, que o procedimento detenha o caráter de urgência. Não deve persistir qualquer resquício de dúvida de que, na falta ou demora do procedimento, o dano temido se transforme em definitivo.

De forma abrangente, há risco de lesão ou de perecimento do direito caso inexista imediata atuação do Estado-juíz. A demora na efetivação da prestação jurisdicional traduz-se em um obstáculo à fruição do direito que, para seguir curso normal, clama por uma decisão judicial a fim de proteger ou permitir que o autor usufrua do direito, sob pena de não conseguir tal ato ao final. Este perigo pode ter por escopo a própria existência do direito material em se tratando de tutela de urgência satisfativa ou a efetividade do processo, em se tratando de tutela cautelar.

Ademais, o *periculum in mora*, ainda que essencial, não se mostra suficiente para a concessão da tutela de urgência, a qual por ser baseada em cognição sumária, reclama pela probabilidade da existência do direito, o *fumus boni iuris* presente no art. 300 do CPC.

Para Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, antes denominado *periculum in mora*, não se apresenta de modo idêntico para a tutela antecipada e para a tutela cautelar:

Isso porque a situação de perigo no caso da tutela antecipada existe diretamente com relação à perda ou a lesão do próprio direito material, enquanto no caso da tutela cautelar o perigo diz respeito ao resultado útil que advirá do pedido principal, gerando proteção indireta ao direito material. Nesse sentido a lição de Luiz Fux ao afirmar que “A tutela de urgência satisfativa, que na sua essência se difere da tutela cautelar pela diversidade do *periculum in mora*, neste último caso, incide sobre a utilidade do processo, ao passo que naquele outro o risco é para o direito da parte [...]”.⁴¹⁴

De forma diversa do mencionado acima, para Alexandre Freitas Câmara,⁴¹⁵a profundidade da cognição para que o juiz profira a decisão sobre o requerimento de tutela de

⁴¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 30, v. 4.

⁴¹³ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 35.

⁴¹⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 82.

⁴¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 161.

urgência, cautelar ou satisfativa, é a mesma. Assevera que, em ambos os casos, a decisão é amparada através de cognição sumária, baseada em juízo de probabilidade, *fumus boni iuris*. A distinção entre os casos de cabimento de tutela de urgência cautelar e os casos de urgência satisfativa é o tipo da situação de perigo existente. Caso o risco da demora do processo produza dano ao direito material, tratar-se-á da tutela de urgência satisfativa. Por outro lado, se o risco da demora do processo resultar em dano para sua efetividade, caberá a tutela de urgência cautelar.

Em nossa opinião, nos filiamos ao posicionamento de que a profundidade da cognição para que o juiz profira a decisão sobre o requerimento, mencionado acima, é diferente nas duas espécies de tutela. Na tutela cautelar o juiz deve realizar a cognição com um grau leve de profundidade, ao passo que na tutela satisfativa a cognição deve ser exercida com um grau médio de profundidade

Notadamente, em relação à tutela cautelar, o *periculum in mora* tal como o *fumus boni iuris* devem ser analisados, à luz do direito tutelado ou a ser tutelado, no pedido principal. Deve ser marcante o risco de ineficácia do provimento definitivo, a respeito do direito substancial, de modo que a parte possa experimentar lesão irreparável ou de difícil reparação, a fim de que seja justificada a tutela para neutralizar o dano.

Nas palavras de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro: “*O elemento dano está, pois, implícito no conceito de periculum in mora; noutras palavras, não basta a demora, mas sim uma demora qualificada pelo dano*”.⁴¹⁶

Essa reflexão traz à tona que não é qualquer tipo de dano que é passivo de proteção. O dano deve ser, simultaneamente, grave e irreparável ou de difícil reparação. A gravidade do dano é mensurada pela sua possibilidade de exaurir a pretensão almejada no pedido principal.

Também não deve ser afastada a análise da impossibilidade de reparação do direito pleiteado no pedido principal. Não cabe ao juiz a exigência de prova robusta do dano, devendo apenas considerar, durante avaliação do *periculum in mora*, os fatos expostos a fim de serem objetivamente apreciados.

A doutrina mostrou-se taxativa e unânime quanto à questão atinente ao momento do surgimento do *periculum in mora*. O perigo de dano antecedente ou coexistente com o nascimento do pedido principal, pretensão substancial, não justifica a tutela cautelar. O perigo

⁴¹⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 143.

de dano deve surgir de situação posterior ao nascimento do próprio direito ou de situação decorrente do agravamento de situação perigosa já existente.⁴¹⁷

A ignorância da parte, em relação ao perigo, pode ser interpretada como uma ressalva à regra citada, tornando possível a concessão da tutela cautelar ainda que o perigo seja preexistente ou coexistente. O *periculum in mora* deve, ainda, ser estudado sob o ângulo da bilateralidade, ou seja, não apenas em face do autor, mas também do réu. A inexistência de perigo de lesão irreversível⁴¹⁸ é mais um requisito para a concessão da tutela cautelar.

O perigo da irreversibilidade é mais difícil de ser identificado na tutela cautelar do que na antecipação da tutela. A tutela cautelar, essencialmente provisória, com característica conservativa e/ou preventiva não deve ser irreversível, sob risco de trazer insuperável contradição.

Conforme expõe Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, deve haver ponderação entre os valores a fim de se identificar qual valor merece prevalecer:

Em algumas situações excepcionais, porém, a tutela, mesmo que irreversível, há de ser concedida. Mas quando? A solução é encontrada com a aplicação, caso a caso, do princípio da proporcionalidade, fazendo-se um juízo de ponderação para privilegiar, à luz do caso concreto o bem (valor) que merece maior prevalência, para o fim de conceder a medida necessária para protegê-lo (seja ela conservativa ou satisfativa), mesmo diante de eventual irreversibilidade. Trata-se, mais uma vez, da aplicação de uma tutela jurisdicional *proporcional*, raciocínio que sempre deve pautar o juiz na decisão acerca da concessão (ou não) da tutela de urgência.⁴¹⁹

Nesse sentido, cabível análise do risco de lesão irreparável ou de difícil reparação, para a concessão da tutela almejada em favor do autor, sem refutar a importância do fato de que a concessão da medida pode gerar uma lesão irreversível para o réu, tal como se observa no entendimento jurisprudencial.⁴²⁰ Trata-se de um duplo *periculum in mora*.

⁴¹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *As ações cautelares e o Novo Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 69.

⁴¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 161. “[...] casos há, porém, em que se estará diante da situação conhecida como de irreversibilidade recíproca. Consiste isso na hipótese em que o juiz verifica que a concessão da medida produziria efeitos irreversíveis, mas a sua denegação também teria efeitos irreversíveis. É o que se dá, por exemplo, no caso da fixação dos alimentos provisórios. Neste caso, a concessão da medida produz efeitos irreversíveis (uma vez que ser posteriormente se vier a constatar que não eram devidos alimentos, aqueles que tenham sido pagos não serão devolvidos, por força da incidência da regra da e repetibilidade do indébito alimentar). De outro lado, porém, a denegação da medida produzirá efeitos irreversíveis sobre a própria subsistência do demandante, que afirma precisar da prestação alimentícia para prover o seu sustento”.

⁴¹⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 144.

⁴²⁰ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. Plano de saúde. Tutela cautelar antecedente concedida para impedir a transferência do autor, internado em nosocômio que deixou de pertencer à rede credenciada. Inconformismo da requerida. Não acolhimento. Alteração da rede credenciada do plano de saúde durante a internação do

Mesmo que não haja risco de irreversibilidade, surge a hipótese de que o dano, causado com o deferimento da medida, possa ser muito maior ao réu do que a demora que seria suportada pelo autor. Ocorrendo tal hipótese, há de ser considerado o *periculum in mora inverso*, seja para indeferir a medida ou para deferi-la mediante contracautela. Registramos que o risco de irreversibilidade se faz mais intenso quando da antecipação da tutela, considerando a natureza satisfativa da medida.

Em suma, não há dificuldade de assimilar que tanto em sede de cautelares, quanto em sede de decisões antecipadas, pode existir o *periculum in mora inverso*. Configurado o risco de irreversibilidade, não há abertura para a tutela de urgência cautelar ou satisfativa.

Como visto, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são requisitos exigidos pelas tutelas de urgência, entendimento ratificado pelos Tribunais.⁴²¹ O *fumus boni iuris* é empregado como sinônimo de uma cognição não exauriente, o que não afasta a divisão doutrinária quanto à admissão, ou não, de graus de intensidade para formar o convencimento do juiz.

Para Leonardo Ferres da Silva Ribeiro⁴²² a obrigatoriedade de ater-se a uma “*escala de grau de convencimento*” prévia do juiz, considerando a premissa de que para a proteção cautelar é suficiente a plausibilidade do direito, enquanto para a antecipação da tutela exige-se algo mais profundo, pode causar o comprometimento da efetividade que se aguarda da tutela jurisdicional.

Para o autor as teorias existentes sobre os graus de convencimento do juiz, na seara da cognição sumária, não correspondem à realidade de uma tutela de urgência. Entende que o convencimento do juiz, frente à necessidade de uma tutela de urgência, deve ser moldado de

autor. Indícios de efetivos danos à saúde. Indicação médica que não recomenda a transferência do beneficiário internado. Situação de urgência comprovada. Presença dos requisitos legais para concessão e manutenção da medida. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2069535-84.2020.8.26.0000, de São Caetano do Sul – SP. Relator: Ana Maria Baldy. 6ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, 10 de junho de 2020. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=13634992&cdForo=0.>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

⁴²¹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – REQUISITOS – Ausente o requisito de probabilidade do direito invocado pela parte, incabível a concessão de antecipação de tutela – Decisão que indeferiu o pedido mantida – Inteligência do art. 300 do novo CPC – Recurso não provido”. (TJ/SP, AI n. 2170506-19.2016.8.26.0000. Relator: Paulo Pastore Filho; Comarca: Ibitinga; Órgão julgador: 17.ª Câmara de Direito Privado; julgado em: 14.11.2016. Tribunal de Justiça de São Paulo). Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/405064447/agravo-de-instrumento-ai-21705061920168260000-sp-2170506-1920168260000>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

⁴²² RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 208.

acordo com o caso concreto, a partir de um conjunto de fatores que devem ser conduzidos, principalmente, pela intensidade do *periculum in mora*.

Embora Cassio Scarpinella Bueno⁴²³ concorde com a dificuldade em escalonar o grau de convicção do juiz, de certo modo apoia-se à gradação, para fins de acolhimento de um ou outro argumento apresentado pelos demandantes, na hipótese concreta. Para Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini há uma variação dos graus de intensidade dos requisitos em estudo para a obtenção ou não da medida,⁴²⁴ fato com o qual concordamos e nos posicionamos acima.

Realizada a cognição sumária e desde que o juiz vislumbre alguma possibilidade do direito invocado, existe posicionamento no sentido de que deverá ser analisada a intensidade do *periculum*. Quanto maior o *periculum*, maior a chance de deferimento. Nessa linha, é feita a comparação com uma gangorra:

O que queremos dizer, como “regra da gangorra”, é que quanto maior o *periculum* demonstrado, menos fumus se exige da tutela pretendida, pois a menos que se anteveja a completa inconsistência do direito alegado, o que importa para a sua concessão é a própria urgência, ou seja, a necessidade de ser considerada em confronto com o perigo da demora na prestação jurisdicional. O juízo de plausibilidade ou de probabilidade – que envolvem dose significativa de subjetividade – ficam, a nosso ver, num segundo plano, dependendo do *periculum* evidenciado. Mesmo em situações que o magistrado não vislumbre uma maior probabilidade do direito invocado, dependendo do bem em jogo e da urgência demonstrada (princípio da proporcionalidade), deverá ser deferida tutela de urgência, mesmo que satisfativa.⁴²⁵

A analogia com a gangorra, com o *fumus boni iuris* em uma das pontas e o *periculum in mora* em outra, traz a certeza da essencialidade de algum *fumus*, ou seja, algum grau de

⁴²³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138, v. 4. “Cabe insistir, para afastar qualquer azo de formalismo no enfrentamento da questão, que o traço divisório entre o *fumus boni iuris* e a ‘prova inequívoca de verossimilhança da alegação’ é, com o devido respeito dos que pensam diferentemente, mais teórico do que real (...) Não há como avaliar, com precisão matemática, qual o grau de convicção do magistrado a respeito dos pedidos que lhes são formulados e das provas e dos argumentos que lhes dão embasamento. É impossível reduzir a um simples cálculo aritmético ou a padrões matemáticos o quanto alguém está convencido (...) é difícil – para não se dizer impossível –, contudo, graduar os níveis intermediários de quando se está convencido; quanto uma tese jurídica é mais digna de acolhimento que a outra um argumento ou quanto um argumento é mais plausível que o outro. Não, pelo menos, em graus exatos, em uma escala rigorosa”.

⁴²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil v. 3. Processo cautelar e procedimentos especiais*. 8. ed. revista, ampliada e atualizada com a reforma processual – 2006/2007. São Paulo: RT, 2007, p. 36. “De fato, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são requisitos para a propositura de ação cautelar; são requisitos para a concessão de liminar; e são, também, requisitos para a obtenção de sentença de procedência. Acontece, todavia, que há uma variação do grau de intensidade em que esses requisitos estão presentes. Claro está que se exige menos *fumus boni iuris* (isto é, exige-se *fumus* menos expressivo) para propor uma ação cautelar do que se exige para obter a sentença de procedência na mesma ação cautelar”.

⁴²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 498-499.

convencimento do juiz de que exista a possibilidade de ao final ser reconhecido o direito pleiteado.⁴²⁶

A análise de ambos os requisitos, variáveis de acordo com as particularidades do caso concreto, convencerá o juiz a deferir ou não a tutela de urgência. Existindo a possibilidade de o direito socorrer o autor, o juiz se preocupará com o *periculum in mora*. Haverá o emprego do juízo da proporcionalidade, do *juízo do mal maior*, acolhendo-se como fator de peso o *periculum in mora*.

A cognição do juiz deve guardar relação com a realidade, acatando-se não apenas o grau de convencimento em relação ao direito alegado, mas também o risco de causar dano irreparável ou grave. A respeito da cognição, Kazuo Watanabe ensina:

A justiça precisa ser rente à realidade social. Essa aderência à vida somente se consegue com o argumento da sensibilidade humanística e social dos juízes, o que necessariamente requer preparação e atualização. Para a *cognição adequada* a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, sensibilidade mencionada é um elemento impostergável.⁴²⁷

A nosso ver, o juiz conhecedor das limitações intrínsecas a uma cognição sumária, deve sempre entendê-la como uma cognição adequada ao caso concreto. Sob visão crítica, parcela da doutrina chama a atenção de que considerada a importância do *periculum in mora*, para a concessão ou não da tutela de urgência, sempre existirá o risco da *fabricação desse requisito*. Desse modo, para o alcance de uma cognição adequada a cada caso, pressupondo um julgamento justo, torna-se imprescindível a sensibilidade do juiz antes da tomada da decisão.

4.3 Estrutura do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente

4.3.1 Opções por eliminar procedimentos específicos e manter procedimentos gerais

Conforme mencionamos, a tutela cautelar representou a primeira espécie de tutela de urgência a ser tratada de forma genérica pelo legislador brasileiro, posicionada em livro próprio, regulamentada no Livro III entre os artigos 798 e 889 do CPC/1973.

⁴²⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 210.

⁴²⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 64.

O então processo cautelar reunia medidas que apresentavam natureza cautelar, pois prestavam uma tutela de mera segurança, além de medidas que conferiam satisfação, ainda que de forma provisória, à pretensão levada a juízo.

Neste aspecto, entendemos acertada a decisão do CPC ao extinguir a autonomia estrutural do CPC/1973 concernente ao processo cautelar. O Livro III do CPC/1973, denominado *Do Processo Cautelar*, não engloba somente medidas tipicamente cautelares a exemplo da justificação (artigos 861 a 866), dos protestos, notificações e interpelações (artigos 867 a 873 do CPC) que não apresentam natureza cautelar nem antecipatória. Com efeito, cabível mencionar, a título exemplificativo, a exibição de documentos (artigos 844 e 845) com natureza claramente satisfativa.

Sob o manto do processo cautelar estavam as medidas cautelares propriamente ditas, nominadas e/ou inominadas, vistas como medidas preventivas na dependência de um processo principal, com o propósito de afastar a consumação de eventual dano. De igual forma, estavam presentes as medidas satisfativas autônomas que, de acordo com o legislador, se sujeitavam ao processo cautelar nele previsto.

Em nossa opinião, as medidas abrangidas pelo Livro III eram concedidas de forma a tornar eficaz o provimento jurisdicional, não sendo necessariamente cautelares. Ao mesmo tempo que o legislador pretendeu destacar o processo cautelar, posicionando-o ao lado dos processos de conhecimento e de execução, atribuiu o mesmo procedimento cautelar a outras modalidades de tutela desprovidas de natureza cautelar. Por esta razão, José Joaquim Calmon de Passos, ao comentar o Livro III do CPC/1973, utiliza a expressão “*processos topologicamente cautelares*” ou “*medidas procedimentalmente cautelares*” ao invés de “*processos essencialmente cautelares*”.⁴²⁸

A partir da estrutura exposta, surgiu na doutrina o questionamento se as regras gerais do então processo cautelar, previstas no Capítulo I do Livro III, aplicavam-se aos procedimentos cautelares específicos tratados no Capítulo seguinte. A dúvida era fundada porque referidos procedimentos, embora inseridos no Livro III, denotavam providências desprovidas de natureza cautelar.

Tal fato levou ao entendimento, ainda que de forma parcial, de que somente deveria ocorrer a aplicação integral, das disposições do Capítulo I, àqueles procedimentos cautelares específicos que não apresentassem natureza cautelar, mas que estivessem inseridos no Livro III sob o rótulo de procedimento cautelar específico.

⁴²⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1984, t. I, p. 57, v. 10.

Confrontando as ações cautelares nominadas e as ações cautelares inominadas, verificar-se-á que a parte especial traçava procedimento específico para cada ação cautelar nominada, enquanto à parte geral cautelar cabia indicar o rito denominado procedimento geral cautelar, previsto nos artigos 800 a 803 do CPC/1973.

O rito geral também poderia ser aplicado quando identificada a omissão quanto ao procedimento, a ser seguido nas cautelares nominadas, e em alguns procedimentos especiais de jurisdição voluntária, a exemplo da ação de nunciação de obra nova. Explica a doutrina que não havia diferença quanto ao procedimento, baseada no momento da propositura da ação cautelar, aplicando-se o procedimento geral às cautelares antecedentes e às cautelares incidentes.⁴²⁹

O CPC encerra dúvidas à medida que extingue as cautelares típicas, previstas no CPC/1973. As críticas ocorriam diante da divergência quanto à possibilidade, ou não, de seu deferimento em caso de não preenchimento dos requisitos específicos para a cautelar típica, quando presentes os requisitos gerais, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, exigidos para a cautelar inominada ou atípica.

Comparativamente, mister destacar que o CPC embora não traga mais a previsão das cautelares típicas, optou por apresentá-las no art. 301 do CPC. O dispositivo traz um rol exemplificativo ao mencionar que a tutela de urgência cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.⁴³⁰ Ao mesmo tempo que traz o rol exemplificativo, não traz a definição das medidas indicadas.

Entendemos que os requisitos específicos inseridos no CPC/1973, para as medidas que foram revogadas, não podem ser trazidos à tona. O CPC viabiliza as cautelares somente mediante os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Contudo, para parte da doutrina, o procedimento previsto no CPC/1973 para tais cautelares pode ser visto como parâmetro quando da utilização das medidas descritas no art. 301 do CPC.⁴³¹

⁴²⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 37-38.

⁴³⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 107. “Resumidamente, pode-se dizer que o arresto é a apreensão judicial de bens para garantir uma futura execução por quantia. O sequestro caracteriza-se pela apreensão de coisa determinada e individualizada, sobre a qual pende um litígio, visando a assegurar a sua entrega ao vencedor; visa a garantir, portanto, uma execução de entrega de coisa. O arrolamento consiste na descrição e indicação de bens, visando a evitar a sua dissipação durante o processo. O protesto contra alienação de bens tem por objetivo tornar inequívoco que o autor está em desacordo com alienação de bens de outrem, alegando ter algum tipo de direito ou preferência”.

⁴³¹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDEIROS, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 502.

A despeito do CPC ter revogado todo o capítulo relacionado à regulamentação dos procedimentos cautelares específicos, não há requisitos específicos para a concessão das medidas trazidas pelo art. 301 do CPC. O dispositivo demonstra que a tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material, caracterizada pela instrumentalidade e referibilidade, características estudadas anteriormente. O dispositivo fala expressamente em “*asseguração do direito*” exemplificando hipóteses, de tutela cautelar, voltadas a assegurar o alcance da tutela efetiva do direito.

Acolhendo como representação o arresto, verificar-se-á que são encontradas apenas algumas referências a tal modalidade. Entretanto, não estão contemplados no CPC os requisitos para a sua concessão, as suas hipóteses de cabimento e demais circunstâncias, conforme regulamentava a Seção I do Capítulo II do Título reservado às medidas cautelares do CPC/1973, artigos 813 e seguintes.

Em nossa opinião, embora não mais exista a previsão dos procedimentos específicos no CPC, acreditamos que os dispositivos genéricos do atual CPC são suficientes para regulamentar as hipóteses específicas. De acordo com o posicionamento mencionado acima, atentando-se às particularidades do caso concreto, os requisitos do CPC/1973 podem ser aproveitados não como norma vigente, mas como amparo argumentativo.

Não há dúvidas de que houve unificação quanto aos requisitos da tutela de urgência, previstos no art. 300 do CPC, que devem ser aplicados para o arresto e para outras antigas cautelares típicas. A tutela cautelar não mais ocorre em situação semelhante a um meio do processo cautelar do CPC/1973. Destarte, não podemos olvidar que o Livro III do CPC/1973 não tratava apenas de tutela expressamente cautelar, mas envolvia procedimentos de natureza diferenciada conforme tratamos.

As medidas cautelares no CPC/1973 eram classificadas sob vários critérios, dos quais mencionamos a classificação quanto à tipicidade e à atipicidade. Nos deparamos com a medida cautelar típica prevista para situações específicas, como o arresto (art. 813 do CPC/1973), e com as cautelares atípicas previstas genericamente, permitindo a sua utilização quando surgissem as mais variadas situações de urgência acautelatória, nos termos do art. 798 do CPC/1973.

Na lição de Eduardo Lamy⁴³² a atipicidade das cautelares mostra-se como uma marca inerente ao tipo desta tutela, de modo que a estrutura arquitetada pelos artigos 294 e seguintes do CPC traz a característica de liberdade das formas.

⁴³² LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 62.

Portanto, a generalidade das medidas atípicas possibilita a adequação da estrutura jurisdicional às situações que não encontram previsão através das medidas típicas. Certas medidas atípicas podem ser mais utilizadas do que muitas medidas típicas, a exemplo da sustação de protesto.

Nesta seara, entendemos que a inexistência de medidas típicas que sejam adequadas às inúmeras situações que possam surgir, não representa uma lacuna no ordenamento jurídico. O operador do direito deve procurar adequar a tutela jurisdicional atípica às necessidades do caso concreto.

No contexto apresentado, o CPC vigente, de forma diversa do CPC/1973, não mais apresenta a existência de um procedimento específico para o alcance das variadas medidas cautelares. Todas são submetidas a um procedimento genérico cautelar, com a estrutura que varia de acordo com a concessão ou não da tutela liminarmente.

Em verdade, trata-se, em tese, de uma unificação quanto à estrutura do procedimento, que não alcança o aspecto funcional dos provimentos cautelares. Estes exercem a mesma proteção que era objeto das medidas cautelares específicas, pois que o direito material necessita de amparo urgente a fim de não perecer, até que sobrevenha a prestação da tutela definitiva.

4.3.2 Procedimento e petição inicial da tutela cautelar em caráter antecedente

O processo é um método de atuação do Estado como um todo, no exercício de quaisquer de suas funções, enquanto a ação representa o direito subjetivo público exercitado contra o Estado, com o propósito de alcançar a proteção a direito lesionado ou em vistas de sê-lo.

De acordo com o tema em foco, Cassio Scarpinella Bueno⁴³³ esclarece que o processo cautelar encontra melhor respaldo quando visto como *expressão idiomática*, válida mais pelo seu uso do que pelo significado de seus termos propriamente ditos. Diante disso, as denominações processo de conhecimento ou processo cautelar foram adotadas apenas por questões de cunho prático, relacionadas ao dia a dia do foro.⁴³⁴ Portanto, referida distinção

⁴³³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173, v. 4.

⁴³⁴ VEIGA, Daniel Brajal; FONSECA, Geraldo; D'ORIO, Rodrigo; FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares; ARMELIN, Roberto. *A tutela de urgência em ações civis públicas propostas em face da fazenda pública*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

não existe há muito tempo.⁴³⁵ Na sequência, explica o autor que não é possível afirmar que existe um processo e/ou uma ação relativa à tutela provisória, a qual é tida como:

[...] o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a assegurar e ou *satisfazer*, desde logo a apreensão do autor até mesmo de maneira liminar, isto é, sem prévia oitiva do réu.⁴³⁶

Por se tratar de um conjunto de técnicas, a tutela provisória não é qualificada como uma ação ou um processo. A tutela cautelar antecedente representa o exercício de um direito de ação único, resultante na formação de um processo também único, com procedimento próprio que se divide em fases distintas. Havendo uma primeira fase cautelar, a segunda pode ser de natureza de conhecimento ou executiva, de acordo com a natureza do pedido principal.⁴³⁷

No regime do CPC, os procedimentos⁴³⁸ das tutelas provisórias, antecipada e cautelar, têm características distintas. Há previsão de dois tipos de procedimentos para cada uma das tutelas mencionadas, embora exista entendimento de que fosse possível estabelecer um procedimento único. Como bem observa a doutrina, tratou-se de uma opção legislativa a fim de se evitar, por exemplo, que uma tutela de natureza cautelar se tornasse estável, sob previsão do art. 304 do CPC.⁴³⁹

Conforme visto, a distinção entre os procedimentos traz à tona o tipo de cognição exercida pelo juiz. Para a concessão da tutela cautelar o juiz exerce cognição superficial, análise da causa com grau mais leve de profundidade, enquanto para a tutela antecipada a cognição exercida será a sumária. Consequentemente, exige-se acentuado grau de probabilidade de reconhecimento da pretensão solicitada, com a exigência de maior grau de segurança na sua concessão.

⁴³⁵ No mesmo sentido: Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira.

⁴³⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 257.

⁴³⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 167.

⁴³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 515, v. II. “[...] em direito processual procedimento é o conjunto ordenado dos atos mediante os quais, no processo, o juiz exerce a jurisdição e as partes a defesa de seus interesses”.

⁴³⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 156. “Embora fosse possível ao sistema estabelecer um procedimento único para a obtenção das duas espécies de tutela, houve uma opção legislativa em estabelecer um tipo de procedimento para cada uma delas, aparentemente para evitar que, em princípio, uma tutela de natureza cautelar possa se tornar estável, na forma prevista pelo art. 304, caput, do CPC. Ao que parece não se quis atribuir à tutela cautelar uma condição que pudesse ser reputada como coisa julgada, embora uma parte da doutrina já sustentasse, ainda sob a vigência do CPC de 1973, que a sentença proferida na ação cautelar era apta a operar tal eficácia entre as partes”.

No tocante à tutela cautelar antecipada, o procedimento encontra previsão apenas para a modalidade antecedente nos artigos 303 a 304 do CPC. A outra modalidade dessa tutela, pleiteada em caráter incidental, não está vinculada a um procedimento específico, principalmente, por ser requerida mediante simples petição apresentada no processo em curso, nos termos do art. 295 do CPC.

No que tange à tutela cautelar, o procedimento está previsto nos artigos 305 a 310 do CPC. Ainda que o procedimento abranja a possibilidade de requerimento em caráter antecedente e incidental, é manifesta a distinção entre os procedimentos da tutela antecipada antecedente e da tutela cautelar antecedente. Denomina-se antecedente porque ambas as tutelas requeridas em caráter incidental não exigem forma específica, o que não provoca diferenças nos procedimentos.

Em apertada síntese, não há unanimidade quanto à natureza dos procedimentos. A título elucidativo, serão demonstrados posicionamentos de alguns doutrinadores dentre outros existentes.

Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira⁴⁴⁰ ensinam que a tutela cautelar antecedente é requerida dentro do mesmo processo, com procedimento próprio. Segundo Leonardo Ferres da Silva Ribeiro⁴⁴¹ houve extinção da autonomia do processo cautelar, ainda que pleiteada a tutela cautelar antecedente.

Para Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira⁴⁴² a tutela cautelar antecedente é fruto do exercício de um direito de ação único e formação de um processo único, marcada por um procedimento com fases distintas. Há, portanto, uma fase de natureza cautelar e uma segunda fase, que pode ter natureza de conhecimento ou de execução, em conformidade com o pedido principal.

A tutela cautelar antecedente deve ser pleiteada através de uma petição inicial, adequada aos elementos essenciais descritos no art. 305 do CPC, indicando posteriormente qual será o pedido em caráter principal. A petição deve indicar o litígio principal e a causa de pedir que embasará o pedido de tutela principal.

⁴⁴⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 626, v. 2.

⁴⁴¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 100.

⁴⁴² OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 167.

Cabe ao autor, na petição inicial, preencher os requisitos do dispositivo citado, além dos requisitos gerais previstos no art. 319 do CPC. A via processual, indicada pelo art. 305 do CPC, apresenta a natureza de exercício do direito de ação, na qual o autor pode exercer seu direito através da petição inicial elaborada de acordo com as exigências legais.

Os requisitos específicos da petição inicial podem ser tripartidos em: indicação da lide e do seu fundamento (pedido principal), a exposição sumária do direito que se visa assegurar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Quando requerida a tutela cautelar antecedente, a petição inicial trará o pedido da medida urgente, art. 305 do CPC, com a indicação da lide⁴⁴³ e seu fundamento, requisito que já se fazia presente no CPC/1973.⁴⁴⁴

Nesse contexto, inevitável a análise crítica sobre a adequação, ou não, da utilização do termo *lide* na lei processual vigente. Trata-se de um termo, há muito, criado por Francesco Carnelutti, de sentido superado na atualidade que apenas traz o risco de ser interpretado como o mérito da causa.⁴⁴⁵

Ao indicar a lide, primeiro requisito, o autor aponta a situação controvertida e o fundamento do pedido principal. Confere ao juiz os elementos necessários para conhecer, ou não, a demanda sem afastar os requisitos positivos do art. 300, *caput*, do CPC, que abrangem a existência da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

⁴⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 652-653, v. I. “Exige-se, na petição, a designação da lide que será composta no processo que vai servir à tutela de urgência. A lide, que é o conflito de interesse qualificado por pretensão resistida, é o objeto imediato do processo (o seu mérito) a ser resolvido pelo provimento definitivo. Não se busca, com essa indicação, uma resposta para o pedido principal, que só será enfrentado no final, sem influência daquilo que for assentado na decisão provisória cautelar. O fim da exigência de identificação da lide é demonstrar a viabilidade da ação de mérito. E isto se faz mediante descrição da lide e de seus fundamentos. Do ponto de vista prático, esse requisito legal é atendido pela indicação de qual será o pedido principal ou de mérito, com explicitação da respectiva causa petendi. Para a pretensão cautelar, o que incumbe à parte é a demonstração de que, genericamente, o *fumus boni iuris* do requerente corresponde a alguma ação de mérito, cuja possibilidade jurídica exista. A demonstração dos fundamentos, portanto, é destinada a comprovar a existência das condições da ação. Se estas inexistirem, o processo será inviável a tutela de urgência também não terá cabimento”.

⁴⁴⁴ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais (processo civil moderno)*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 107, v. 4. “O art. 801 do CPC enumera os requisitos específicos da petição inicial da ação cautelar, que deverá ser formulada por escrito (admitindo-se, nos procedimentos das Leis 9.099/1995 e 10.259/2001, a apresentação oral do pedido. Além disso, tais requisitos são complementados pelos constantes dos arts. 282 e 283 do CPC, que se aplicam subsidiariamente a qualquer petição inicial, quais sejam: (...) (c) Lide e seu fundamento: tal requisito, diversamente do que se possa imaginar, não cuida da lide cautelar. Na verdade, pretende o legislador que o requerente da medida decline qual será a ação principal que ajuizará, isto é, qual o pedido a ser apresentado em caráter principal, possibilitando, assim, ao juiz, antever a pertinência da medida (inclusive sobre o aspecto do interesse, legitimidade e competência)”.

⁴⁴⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 169.

Quanto ao segundo requisito, exposição sumária do direito que se visa a assegurar, incumbe ao autor apontar a segurança que deseja obter e qual o seu objeto, pois uma mesma relação jurídica pode exigir proteção diversa.

Concomitantemente ao dispositivo legal, há posição doutrinária no sentido de que a petição inicial deve demonstrar a probabilidade do direito, que se busca assegurar, seguida da apresentação do perigo de dano. Para Luiz Guilherme Marinoni⁴⁴⁶ não se trata de uma exposição sumária conforme a letra do dispositivo, do direito cautelando, mas de uma exposição apta a convencer o julgador da probabilidade do direito. Não há dúvidas de que a petição deve ser bem fundamentada e adequada para atingir o convencimento do juiz.

Nesse aspecto cumpre ao autor, da pretensão cautelar, detalhar o conflito de direito material que justifique a intervenção jurisdicional de cunho conservativo e a probabilidade do direito, que em verdade, é um requisito fundamental para todas as tutelas de urgência, nos termos do art. 300 do CPC. A probabilidade do direito mencionada está relacionada à perspectiva de êxito na pretensão inicial.⁴⁴⁷

A identificação e caracterização da situação acautelanda, ou seja, da situação de urgência, também é exigida. A situação de urgência deve se referir a fatos ou atos capazes de trazer riscos à efetividade do processo enquanto instrumento, a ponto de justificar a intervenção jurisdicional conservativa.

Na tutela cautelar antecedente, em sentido diverso ao da tutela de urgência antecipada, a urgência é manifesta no perigo de inefetividade do processo e não no perigo a que está sujeito o bem pleiteado. Esse enunciado remete aos ensinamentos de Piero Calamandrei que sempre deixou sobressair que a cautelar é “*instrumento do instrumento*”, conforme visto em momento anterior.

O terceiro requisito da petição inicial, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, deveria fazer referência apenas ao risco ao resultado útil do processo que diz respeito à tutela cautelar, e não ao perigo de dano concernente à tutela antecipada. No caso da tutela cautelar, o perigo decorrerá do pedido principal capaz de gerar proteção indireta ao direito material.

⁴⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 254.

⁴⁴⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 188. “[...] a parte deve demonstrar, assim, que seu direito, por ela indicado no pedido cautelar (CPC/2015, art. 300) e que será profundamente discutido após o adiantamento da inicial com a apresentação do pedido principal, é provável, ou seja, tem de demonstrar que provavelmente será juridicamente vencedora em sua pretensão principal, fundamentando seu interesse na providência acautelatória e que esse processo lhe seja futuramente útil”.

Ainda que no contexto prático possa existir dificuldade na distinção entre as medidas, a diferença é encontrada no receio provocado pela situação fática de urgência. Na lição de Pontes de Miranda, entre a segurança para a execução (cautelar) e a execução para a segurança (tutela antecipada)⁴⁴⁸.

Em síntese, podemos afirmar que na cautelar *assegura-se* para fins de execução futura, à medida que na tutela antecipada, procura-se antecipar a própria execução em face do perigo que acomete o bem objeto da lide. Incumbe ao autor descrever a situação de perigo, a que seu direito seria submetido, caso a tutela cautelar não fosse concedida. Há a necessidade de prevenção do dano provável e que se tornaria efetivo.

A própria característica de referibilidade do provimento cautelar, além da mencionada probabilidade do direito, também justifica a necessidade da indicação da lide e seu fundamento. No CPC não se fala em autonomia procedimental do processo cautelar, visto que a pretensão principal será feita, em continuidade, nos mesmos autos que a tutela de urgência foi pleiteada, art. 308, *caput*, do CPC.

A tutela cautelar não visa à satisfação de um direito, continua a se vincular a uma tutela satisfativa, a ela servindo. O direito à tutela cautelar não se confunde com o direito a ser acautelado. Indicar lide e seu fundamento, nos termos do art. 305 do CPC, demonstra ou ao menos indica o pretense direito acautelado e sua respectiva tutela satisfativa.

Proposta a inicial, analisada pelo juiz, há a possibilidade de ser vista como tutela satisfativa. Neste caso, aplicar-se-á a regra da fungibilidade, disciplinada no art. 305 do CPC, em seu parágrafo único, para observância do procedimento da tutela provisória de urgência antecipada, art. 303 do CPC.

Esta regra não se aplica apenas no sentido da cautelar para a tutela antecipada. É permitida no sentido inverso, viabilizando a concessão da tutela cautelar quando o pedido for de antecipação. Efetivada a fungibilidade, atribui-se à parte autora a oportunidade de manifestação para prosseguir ou não com a medida, principalmente por existirem eventuais consequências advindas da alteração de procedimento.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2014, p. 1.423. “É preciso distinguir, no âmbito do receio provocado pela situação de urgência, a segurança para a execução (cautelar) e a execução para segurança (satisfativa). O periculum in mora exige a realização antecipada do direito, e, não, a simples segurança. O remédio para a demora é satisfativo. Na tutela cautelar, envolvendo o caso de arresto, o receio se dissipa tão só com a segurança”.

⁴⁴⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 192-193. “[...] Essa parece ser a providência mais concernente com as normas fundamentais do novo Código, em especial aquela insculpida no seu art.10 que determina a prévia manifestação da parte. Essa postura do magistrado, porém, parece comportar exceção, se presente situação de risco extremo em que o transcurso do tempo para a

Preenchidos os requisitos específicos para a petição inicial, com o propósito de obter a tutela cautelar antecedente, não podem ser afastados os requisitos gerais expressos no art. 319 do CPC. Dentro dos requisitos gerais, deve ser atribuído valor determinado para a causa, concernente à petição inicial que pleiteia a tutela cautelar.

Embora também não houvesse determinação expressa no CPC/1973, no atual diploma o valor da causa atribuído ao pedido cautelar antecedente, de acordo com posicionamento dominante, deve considerar o interesse econômico de acordo com o pedido principal. Tratando-se de medida acessória, não pode superar o valor da demanda principal.⁴⁵⁰ A atribuição se justifica porque ambos os pedidos são feitos dentro de um único processo.

Em suma, a primeira fase denota natureza cautelar (iniciada por uma petição inicial) ao passo que a segunda fase, tratando-se de tutela de conhecimento ou executiva, tem início com a petição que adita a petição inicial cautelar. Realizado o ato nos mesmos autos, não depende do aditamento de novas custas processuais (art. 308, *in fine*, do CPC), caso contrário, o valor referente ao pedido cautelar não corresponderia ao valor do pedido principal.

Ademais, casos existem nos quais não é possível aferir desde logo o valor do pedido principal, por tratar-se de um pedido indeterminado, o que conduzirá a aditamento posterior que ocorrerá no momento da oferta desse pedido.

4.3.3 Concessão ou não da liminar e contestação

Feito o juízo de admissibilidade, recebida a petição inicial que veicule uma tutela cautelar em caráter antecedente, não se fazendo necessária a aplicação da regra da fungibilidade, ocorrerá a análise da liminar pleiteada que poderá ser concedida ou não.

Negada a liminar ou não ocorrendo a sua efetividade, a fase cautelar segue o rito completo, bem semelhante ao procedimento geral previsto no CPC/1973.

manifestação da parte possa resultar na consumação do dano. Nesse caso de exceção, em homenagem ao acesso à justiça, impõe-se a pronta concessão da medida de urgência antecipada, seguindo-se, então, a adequação do procedimento pelo autor”.

⁴⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 653-654, v. I. “[...] assim, um arresto que se destine a garantir uma execução deve ter seu valor estimado não pelo valor da coisa arrestada, mas pelo montante do crédito exequendo. Isto porque, a medida cautelar não proporcionará, ao promovente, vantagem econômica maior do que aquela perseguida na execução. Se o bem arrestado, valer mais que o crédito do promovente, no final da execução terá ele de restituir ao executado o valor sobejante do seu crédito. Por outro lado, se o bem a arrestar for de valor inferior ao crédito exequendo, o proveito econômico garantido pela medida cautelar, terá sido menor. Logo, em tal caso, o valor da causa cautelar não poderá ser maior do que o valor do bem provisoriamente constricto”.

O réu será citado a fim de contestar o pedido cautelar e indicar as provas que pretende produzir, no prazo de 05 (cinco) dias, art. 306, do CPC. O prazo de 05 (cinco) dias, destinado à apresentação da contestação, enseja que o procedimento atinente à tutela cautelar seja acelerado, mostrando-se resumido em relação ao procedimento comum.⁴⁵¹

Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero “[...] *deve o réu se manifestar sobre o direito à tutela cautelar – isto é, se há probabilidade do direito acautelado e se há perigo de dano. As provas requeridas na ação cautelar antecedente devem estar ligadas à demonstração do direito à tutela cautelar*”.⁴⁵²

Da mesma forma como se dava no CPC/1973, não se admite a reconvenção em face do pedido de tutela cautelar em razão da natureza desta tutela. Haveria incompatibilidade com a demora inerente à forma reconvenicional, decorrente da própria diferença dos ritos previstos pela lei.

Determinada a citação do réu, caso não haja contestação, haverá presunção relativa, serão presumidos verdadeiros os fatos alegados pelo autor. Serão aplicados os efeitos da revelia, devendo o juiz decidir o pedido cautelar em 05 (cinco) dias, independentemente de audiência, conforme artigos 306 e 307, *caput*, do CPC.

O art. 307 do CPC reproduz o conteúdo do art. 344 do CPC. Por sua vez, o art. 344 do CPC afirma que a não apresentação de contestação gera a presunção de veracidade dos fatos alegados. O art. 345 do CPC traz exceções à aplicação dos efeitos da revelia em face da tutela cautelar.

Da ausência da contestação não decorre a falta de dever de o juiz apreciar as afirmações fáticas do autor, pois existe situação inerente à tutela cautelar impeditiva da admissão da veracidade dos fatos alegados. A tutela cautelar não exige um juízo de veracidade sobre os fatos, mas sim um juízo de probabilidade.⁴⁵³

⁴⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 255-256. “[...] *A aceleração do procedimento, apesar de ter origem na mesma razão que justifica a sumarização da cognição, com essa última não se confunde. A suficiência da convicção de probabilidade para a prestação da tutela jurisdicional associa-se à celeridade da prática dos atos processuais em nome da tutela urgente, mas isto obviamente não quer dizer que não possa existir procedimento acelerado que não confere ao juiz poder para decidir com base em probabilidade. Procedimento célere – ou formalmente sumário – não se confunde com o procedimento de cognição sumária*”.

⁴⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 318.

⁴⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 259. “*A falta de contestação só pode gerar um efeito compatível com a discussão travada no âmbito da tutela cautelar, precisamente a presunção de probabilidade das alegações de fato. Portanto, o art. 307 deve ser interpretado no sentido de que a não apresentação de contestação presume os fatos “ocorridos” para o efeito de permitir o juízo suficiente – de probabilidade – para a concessão da tutela cautelar. Aliás, raciocinar de forma contrária implicaria equívoco grosseiro, já que faria surgir uma qualidade de convicção judicial que sequer pode ser formada dentro dos limites inerentes à tutela cautelar*”.

Por outro lado, feita a contestação,⁴⁵⁴ a tutela cautelar antecedente segue o procedimento comum, art. 307, parágrafo único, do CPC, cabendo ao autor o aditamento da petição inicial com a apresentação da pretensão principal. O procedimento comum, em seu aspecto formal, não afeta a cognição que continua a ser sumária ou a convicção para resolução do mérito cautelar. Assim sendo, o juiz proferirá a sentença em 30 (trinta) dias.

Importa ressaltar que caso o juiz, após a apreciação do pedido liminar, entenda que estão presentes os requisitos exigidos à concessão da tutela cautelar, terá a possibilidade de concedê-la. Uma vez efetivada a medida, terá o autor o prazo de 30 (trinta) dias para formular o pedido principal, nos mesmos autos e sem o aditamento de novas custas, art. 308, *caput*, do CPC. Em nenhuma das hipóteses figura a previsão da audiência de conciliação e mediação, por se tratar de fase cautelar do procedimento.

Por seu turno, a decisão que encerra a fase cautelar desafia agravo de instrumento, art. 1.015, I, do CPC, sendo cabível ao réu, independentemente da contestação, recorrer ao Tribunal, a fim de pleitear a cassação da liminar sob risco de preclusão. Nos dizeres de Humberto Theodoro Junior:

[...] Trata-se de posicionamento consolidado do STJ, formado à luz das preliminares possessórias, mas que se aplica, também, às liminares dos procedimentos sumários em geral, por se acharem presentes as mesmas razões normativas. Aliás, o mesmo tribunal superior já aplicou tal entendimento a propósito da medida cautelar de arresto, deferida em caráter liminar e em instrumentalização de ação principal de liquidação extrajudicial, reportando-se à regra geral de preclusão enunciada nos arts. 471 e 473 do CPC de 1973: “a não interposição do recurso próprio para combater essa decisão (deferimento da liminar), exarada nos autos, torna precluso o direito de ver, em qualquer deles, a questão reapreciada pela superior instância”.⁴⁵⁵

Para Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira⁴⁵⁶ a lei agiu adequadamente, pois o encerramento da fase cautelar não desencadeará o deslocamento do processo para o segundo grau através do recurso. Não haverá prejuízo, pois o procedimento segue em primeiro grau com o regular andamento processual. O inconformismo do recorrente,

⁴⁵⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 175 “[...] Note-se que a lei se valeu do termo ‘contestação’ e não do termo ‘defesa’ para indicar, de forma precisa, o não cabimento de reconvenção nesta fase de natureza cautelar. Assim como ocorria na vigência do CPC de 1973, a reconvenção não pode ser admitida nesta fase porque “não há direito de base oponível”, ou seja, porque não há como pensar na necessidade de seguranças que se opõem; e, porque haveria uma incompatibilidade dos ritos previstos pela lei, em especial porque a fase cautelar seguirá o procedimento comum apenas após o oferecimento da contestação (art. 307, parágrafo único), local no qual deveria ser proposta também a reconvenção”.

⁴⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 655, v. I.

⁴⁵⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 176.

manifesto através de um instrumento e não no próprio processo, não obsta ao desenvolvimento do feito.

Em outra situação, deferida a liminar concedida pelo juiz, o rito a ser seguido será o *abreviado*, com a dispensa quase que por completo da fase de natureza cautelar, acolhendo a apresentação do pedido principal, art. 308, *caput*, do CPC, e seguindo para a fase de conhecimento ou execução. Nesta fase abreviada ocorrerá a apreciação do pedido e sua efetivação.

Uma vez efetivada a tutela cautelar, ou seja, realizada ou implementada no mundo empírico, “*não bastando a mera pendência de seu processamento*”,⁴⁵⁷ o pedido principal deve ser apresentado nos mesmos autos no prazo de 30 (trinta) dias. O procedimento, frente à ação principal ou frente à dedução do pedido principal, deve observar as regras do art. 308 do CPC em verdadeiro ato de continuidade, não exigindo recolhimento de novas custas processuais.⁴⁵⁸

Portanto, se o juiz recebe a inicial e concede a liminar, após sua efetivação, contar-se-á o prazo para o aditamento da petição inicial. Feito o aditamento há a conversão desta fase, de natureza cautelar para a natureza de conhecimento ou executiva, que conduz à fase seguinte. O pedido cautelar antecedente será tratado como pedido cautelar incidente, a sua decisão será proferida junto com o pedido principal. O rito imposto pelo legislador à fase cautelar, artigos 306 e 307 do CPC, é o *abreviado*. A fase de conhecimento segue o rito comum, art. 308, § 3º e § 4º do CPC, ou o rito executivo de acordo com o caso concreto.

Necessária a reflexão de que com a contestação, haverá reabertura da possibilidade do juízo modificativo pelo juiz *a quo*. Tal fato ocorrerá na decisão final, sem afastar a observância do procedimento comum previsto no art. 307, parágrafo único, do CPC. Entende a doutrina que mais uma vez será cabível agravo de instrumento, com a atribuição da oportunidade de retratação ao juiz da causa.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 194.

⁴⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 867. “[...] esta norma merece aplausos, pois não representa redução de custos apenas para o jurisdicionado, como também para o próprio Poder Judiciário. Este também se beneficia de economia de tempo que não será perdido com a autuação da ação principal”.

⁴⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 655, v. I. “Convém lembrar que são duas coisas distintas: a discussão do incidente de tutela provisória cautelar antecedente e o aditamento da petição inicial para dar curso ao pedido principal (art. 308). O aforamento da apreensão de mérito não pode ficar paralisado indefinidamente à espera da solução da medida de urgência, se existe liminar já cumprida. Isto porque o Código marca um prazo para a providência, que corre a partir da efetivação da tutela cautelar, que pode se extinguir antes da conclusão do incidente. Outra hipótese a se cogitar é a de a tutela de urgência ter sido postulada em petição inicial juntamente com a pretensão de mérito, caso em que a contestação será única e abrangente, tanto da matéria principal, como da cautelar. Também aqui haverá de se lembrar do cabimento do agravo de instrumento contra eventual liminar,

Os atos processuais praticados na fase cautelar, do rito abreviado, são restritos à apreciação do pedido liminar e a sua efetivação. A partir de então, há início do prazo⁴⁶⁰ para que seja feito o pedido principal, aditamento da petição inicial e, conseqüentemente, a transformação do pedido da tutela cautelar, de um pedido antecedente para um pedido incidente.

Como bem colocado pela doutrina trata-se de um reflexo da confusão existente na vigência do CPC/1973, entre o processo cautelar e a medida cautelar, a qual representava seu resultado. Após recebimento da petição inicial do processo cautelar a liminar era submetida à apreciação, deferida ou indeferida, mas o procedimento não prosseguia, simplesmente desaparecia.⁴⁶¹

Por outra vertente, caso o pedido liminar seja negado, a fase cautelar prossegue com a citação, contestação do réu, possibilidade de produção de prova e a decisão da fase cautelar em rito semelhante ao procedimento geral cautelar, artigos 802 e 803 do CPC/1973.⁴⁶² Esta bipartição do procedimento poderá ocorrer em um rito abreviado ou em um rito completo.

Ao réu será dada oportunidade de expor toda a matéria de defesa, art. 336 do CPC, em contraposição ao direito do autor à tutela cautelar. Incumbe ao réu afastar quaisquer requisitos da probabilidade do direito e da urgência. Complementam Carlos Augusto de Assis e João Batista Lopes:

A instrução probatória deve ser célere e simplificada para se atender à sumariedade da cognição. Não haverá lugar, por exemplo, para a realização da perícia no modelo padrão previsto pelo Código, devendo o juiz entrar em contato imediato com o “expert” para obter os documentos necessários. Além da prova documental, inquirição

sob pena de preclusão. Não haverá, entretanto, um julgamento em procedimento próprio para um incidente como aquele previsto para a tutela de urgência antecedente (arts. 307, parágrafo único, e 308, §1º).

⁴⁶⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 529. “De acordo com o art. 308 do CPC/2015, o prazo para apresentação do pedido principal conta-se da efetivação da tutela cautelar. Não se conta o prazo, assim, a partir do deferimento, mas do cumprimento da medida. O prazo referido conta-se da efetivação da cautelar, como se disse, e não da ciência pelo beneficiário de que houve tal efetivação. Na vigência do CPC/1973, já se decidiu que o prazo referido conta-se da data da ciência, pelo autor, de que a cautelar foi efetivada. Firmou-se a jurisprudência do STJ, porém, no sentido de que o prazo conta-se da mera efetivação, e não da ciência do autor”.

⁴⁶¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 177. “[...] O juiz acrescentava no final da sua decisão “Prossiga-se na ação principal.” e o processo cautelar sofria “morte súbita”, sem que fosse atendido ao Modelo Constitucional do Processo Civil”.

⁴⁶² OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 174. “Em suma, portanto, protocolada a petição inicial que pleiteia uma tutela cautelar requerida em caráter antecedente, após a distribuição e o registro do feito, os autos serão remetidos ao magistrado para que, antes de apreciar o pedido liminar, realize juízo de admissibilidade, examinando se estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais. Somente após realizar esse exame, também conhecido por juízo de prelibação, constatando a regularidade de todos os aspectos formais necessários ao prosseguimento do feito, é que deverá o julgador declarar que recebe a petição inicial e decidir se é ou não o caso de conceder a medida liminar, cuja solução implica na bipartição do procedimento num rito abreviado ou num rito completo [...]”.

de testemunhas também será admitida, cumprindo ao juiz designar audiência com a brevidade necessária.⁴⁶³

A cognição do juízo vincula-se à aparência do direito. Contudo, não há impedimento para que o réu defenda todas as razões que entenda aptas à condução da improcedência, relacionadas à pretensão principal. Nesse diapasão, haverá abalo à probabilidade do direito afirmada pelo autor. De igual modo, caso o réu alegue decadência ou prescrição do direito, art. 310 do CPC, a eficácia do indeferimento da tutela cautelar alcançará a pretensão principal.

Ocorrido o deferimento da tutela cautelar, antes da ouvida do réu, a pretensão principal é proposta antes do julgamento do pedido cautelar. Passa a existir um único procedimento para preparar o juízo sobre o pedido cautelar e sobre o pedido principal.

Nesse aspecto, há manifesta crítica da doutrina sobre existir forte tendência a julgar o pedido cautelar em conjunto com o pedido principal sob justificativa de que tal forma não seria a ideal. Não se aceita que a cognição sumária da tutela cautelar possa ser confundida com a cognição exauriente da tutela principal.⁴⁶⁴

Na contestação, tem o réu o permissivo de fazer uso da defesa de mérito e defesa processual, a qual está apta a apresentar qualquer preliminar capaz de refutar a apreciação do mérito cautelar. Por outra linha, a defesa do mérito está relacionada à probabilidade do direito e ao perigo de dano.

Não cabe à defesa de mérito o convencimento do juiz sobre a inexistência do direito, diretamente relacionado à dimensão da probabilidade. Basta ao réu demonstrar que o direito não é provável, pois os argumentos para negar os fatos constitutivos do direito provável assim como para sustentar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, podem ser utilizados para o convencimento do juiz.

Frente ao exposto, concluímos que tratando-se de um processo único, com um procedimento especial formado por fases, não há impedimento para que o seu curso seja acelerado. Eventual dispensa dos atos do rito completo resulta em um rito abreviado, constituído pela concessão e efetivação da medida liminar cautelar.

⁴⁶³ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. *Tutela provisória: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018, p. 105.

⁴⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 257. “[...] Basta perceber que as provas pertinentes ao juízo sumário são distintas das provas hábeis à formação da convicção de certeza, típica à cognição exauriente. A parte que sofre a tutela cautelar tem direito de ver o pedido que ele é correspondente julgado em prazo adequado ao juízo de cognição sumária, que obviamente não pode ser o prazo para a resolução do pedido da tutela principal. Aliás, o direito fundamental à duração razoável do processo assim garante”.

4.3.4 Procedimento do pedido principal

O art. 308, *caput*, do CPC determina que uma vez efetivada a tutela cautelar, através da medida liminar ou da sentença que coloque termo à fase cautelar, o autor deve deduzir o pedido principal em 30 (trinta) dias, nos próprios autos do pedido cautelar.⁴⁶⁵ De modo diverso, no CPC/1973 propunha-se a ação cautelar a fim de que, em momento posterior, fosse proposta a ação principal, art. 806 do CPC/1973.

Para Luiz Guilherme Marinoni não há impedimento para que sejam propostas duas ações em um único processo. A assertiva refere-se à ação com pedidos cumulados, ou seja, um pedido cautelar seguido de um pedido principal. Declara o autor que: “[...] *Sucedede que, bem-vistas as coisas, não se trata apenas de pedidos, mas de ações (compostas por pedido e causa de pedir), em que se busca tutela de segurança e tutela do direito material*”.⁴⁶⁶

Considerando a existência de um único processo, instaurado no momento da propositura da ação cautelar, o autor fica dispensado do aditamento de novas custas processuais.

Convém alertar que a natureza do prazo previsto no art. 308, *caput*, do CPC, para que o pedido principal seja formulado, tornou-se alvo de discussão doutrinária. Na vigência do CPC/1939 e do CPC/1973 prevaleceu a ideia daqueles que atribuíram ao prazo, em destaque, natureza decadencial.

Para Humberto Theodoro Junior, na vigência do CPC/1973, o prazo do art. 806 apresentava natureza decadencial.⁴⁶⁷ A partir da vigência do atual CPC, passou a sustentar que o prazo em questão apresenta natureza fatal ou peremptória.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 234. “[...] *Faculta-se, nos termos do § 1º do art. 308, que a petição inicial preveja, desde logo, o pedido principal juntamente com o pedido de cautelar antecedente, evitando-se, com isso, a necessidade de sua formulação posterior quando deferida a cautelar. De qualquer forma, optando o autor por deduzir posteriormente o pedido principal, possibilita-se o aditamento da causa de pedir no momento da formulação desse pedido principal (art. 308, § 2º)*”.

⁴⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 263.

⁴⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2010, p. 166. “*Se a ação principal não é proposta nos trinta dias seguintes à efetivação da medida, ela automaticamente perde sua eficácia, independentemente de outra ação ou de sentença para revogá-la. Extingue-se ipso jure. O prazo do art. 806 é decadencial, não se sujeitando à interrupção ou suspensão. Não se vence, todavia, em dia em que não haja expediente no foro, caso em que será prorrogado para o primeiro dia útil seguinte*”.

⁴⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 656, v. I. “*Uma vez obtida e efetivada a tutela cautelar, não pode a parte manter-se inerte, eternizando, a seu bel prazer, a medida de urgência que lhe foi deferida em caráter antecedente. Por isso, marca-lhe a lei um prazo dentro do qual o juízo de mérito terá de ser instaurado. Esse prazo, de acordo com o artigo 308, é de trinta dias, e tem caráter de fatal ou peremptório, o que quer dizer que se mostra improrrogável. Mas, por ser fatal esse prazo processual, nem por isso deixará de suspender-se nas férias ou nos recessos forenses (arts. 214 e 220)*”.

Para o autor citado, no tocante ao prazo, para dedução do pedido principal, devem ser demarcadas duas situações após o alcance da fase cautelar. Se a pretensão de tutela de urgência é denegada, o processo é extinto sem a formulação do pedido principal. Por outro lado, se a pretensão cautelar é deferida, o pedido principal deverá ser formulado nos próprios autos atentando-se ao prazo do art. 308 do CPC.

O indeferimento da tutela cautelar não impede que a parte formule o pedido principal, respeitando-se as determinações do art. 310 do CPC, devendo apenas propor ação de modo formalmente autônomo.⁴⁶⁹ Desse modo, ressalva-se o indeferimento por prescrição ou decadência envolvendo o direito acautelado.⁴⁷⁰

Nesta linha, não deve ser confundida a decadência, figura do direito material, com a preclusão ou peremptoriedade, figura do direito processual. Em ambos os casos há prazos fatais que, assim como aqueles vinculados à coisa julgada, não correm no recesso forense. No direito processual, a peremptoriedade relaciona-se à impossibilidade de prorrogação por acordo entre as partes ou determinação judicial.

Complementando o estudo, justificam Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira a natureza preclusiva do prazo processual, art. 308 do CPC, que uma vez decorrido acarreta a perda da faculdade processual:

Realmente, na vigência do CPC de 1973 não havia como negar a natureza decadencial do prazo para a propositura da ação principal, já que se tratava de duas causas distintas, alcançando a decadência o direito que tinha o autor de propor a ação principal, vinculada a ação cautelar já proposta, fenômeno semelhante ao que acontece com o direito de propor mandado de segurança e o direito de propor a ação que visa revisar a tutela antecipada antecedente que se estabilizou. No sistema processual atual, entretanto, não existem mais dois exercícios do direito de ação ou dois processos distintos. O que há é um processo único, com procedimento especial que se desenvolve por fases, tendo início a segunda fase mediante o aditamento do pedido cautelar através do oferecimento do pedido principal. Por isso toda a mecânica do procedimento se realiza no interior de um único processo, não havendo como considerar este prazo de 30 (trinta) dias como tendo a natureza de um prazo decadencial. Trata-se de prazo processual, que produz efeitos apenas no interior do processo, sendo, portanto, um prazo preclusivo, já que uma vez decorrido importa na perda de uma faculdade processual.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 264. “Em caso de tutela cautelar não concedida ou concedida e não efetivada, o autor pode propor a ação de modo formalmente autônomo. Aliás, quando a tutela é efetivada e a ação principal não é proposta, o autor não perde o direito de propor a ação de modo autônomo, mas apenas é gravado com a responsabilidade objetiva por eventual dano produzido pela efetivação da tutela”.

⁴⁷⁰ GRECO, Leonardo. *A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015*. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro/ed, 2014, n. 14, p. 317. Disponível em: < A TUTELA DA URGÊNCIA E A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2014/2015. | GRECO | Revista Eletrônica de Direito Processual (uerj.br)>. Acesso em 27 jun. 2021.

⁴⁷¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 180.

Em contrapartida, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery,⁴⁷² na vigência do atual CPC, mantiveram o posicionamento sustentado no CPC/1973 quanto à natureza decadencial do referido prazo.

O prazo do art. 308 do CPC é contado da data da efetivação da decisão que defere a medida, ainda que se trate de efetivação parcial, e não da decisão que conceda a medida, conforme dispositivo legal.⁴⁷³ Em caso de efetivação parcial, o réu já é atingido pelos efeitos práticos da decisão. Não há razoabilidade no cômputo do prazo somente após completa efetivação da medida.

A forma da contagem do prazo condiz com o que se opera em face da generalidade dos prazos, com a exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento, versando sobre dias úteis, artigos 219 e 224 do CPC.

Parte considerável da doutrina, com a qual nos posicionamos, entende que havendo o cômputo do dia da efetivação da tutela cautelar, certamente haveria redução do prazo legal, pois a parte apenas faria *jus* a uma fração do *dies a quo*. Restaria prejudicado o prazo assegurado pelo art. 308 do CPC, o qual evita a redução dos prazos processuais mediante interpretação restritiva de uma garantia da lei, em prol do litigante.

4.3.5 Procedimento após ajuizamento do pedido principal

Deferida a medida cautelar formular-se-á no prazo legal o pedido principal, caso não tenha sido feito na petição inicial, de acordo com o art. 308, § 1º, do CPC. No sistema vigente, a formulação do pedido principal não representa a constituição de um novo processo, nem outro exercício do direito de ação como ocorria no CPC/1973.

Tratando-se de um pedido elaborado nos autos do pedido cautelar, fica o autor autorizado a aditar a causa de pedir complementando-a, nos termos do art. 308, § 2º, do CPC.

⁴⁷² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 1008-1009. “*Não ajuizada a principal no prazo de trinta dias, ou em outro prazo que o juiz fixar, opera-se a decadência do direito à cautela. Matéria de ordem pública que é, a decadência deve ser pronunciada de ofício pelo juiz. A norma só se aplica às cautelares antecedentes [...]*”.

⁴⁷³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 170. “*Deferida a medida cautelar (o que pressupõe a presença conjunta de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*), será ela efetivada, correndo – da data da efetivação – um prazo de trinta dias para que o demandante formule o pedido principal (se este já não estiver sido formulado na petição inicial, o que também é possível, nos termos do art. 308, § 1º), o qual deverá ser apresentado nos mesmos autos, independentemente do recolhimento de novas custas (art. 308). No momento do ajuizamento do pedido principal, fica o demandante autorizado a aditar a causa de pedir, complementando-a (art. 308, § 2º)*”.

Para Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira⁴⁷⁴ o § 1º, do art. 308, do CPC permite a cumulação *inicial* de pedidos cautelar e definitivo. Não há impedimento para que a demanda seja formulada com os pedidos de tutela cautelar e de tutela satisfativa. Nesta situação não se trata de tutela cautelar antecedente, mas sim de tutela incidental.

Com efeito, como a petição inicial cautelar, responsável pelo procedimento que se desdobra em fases, já foi objeto de análise, quando do recebimento para verificar sua adequação ou não aos artigos 305 e 319 do CPC, há a certeza de que não existem dois processos ou dois exercícios do direito de ação. Será o caso de aditá-la, a fim de que os requisitos se adequem ao pedido principal e às suas especificidades.

O aditamento não envolve apenas o pedido principal, mas também a causa de pedir, art. 308, § 2º, do CPC. Abrange todos os elementos da fase oriunda do pedido principal, os quais não são idênticos aos apresentados pelo pedido cautelar. A rigor, o objeto da tutela cautelar é diferente do objeto das demais espécies de tutela, apresentando o propósito de alcançar uma tutela de segurança. Não tem por fim declarar direito ou obter a satisfação de uma prestação não adimplida.

Para Luiz Guilherme Marinoni, a regra do art. 308, § 2º, do CPC mostra-se mal redigida, pois de modo distinto ao que ocorre na tutela antecipada, no dispositivo não há busca de uma mesma tutela de direito nem apenas uma causa de pedir. Na lição do autor, a causa de pedir do provimento cautelar não é a mesma do pedido principal:

Ao redigir o § 2º do art. 308 o legislador não percebeu que, ao reproduzir o conteúdo do revogado art. 801, III e IV do código de 1973 no art. 305, estava apenas a exigir a “*indicação*” da causa de pedir da ação principal e não a sua formulação. A causa de pedir, referida mediante a expressão “fundamento” no art. 305, deve ser “*indicada*” para dar ao juiz a oportunidade de situar a ação cautelar no contexto ou direito cautelando. Não há qualquer razão para o autor deduzir a causa de pedir da ação principal desde logo, ao contrário do que ocorre no “procedimento da tutela antecipada antecedente”, em que é perseguida uma única tutela mediante uma só ação.⁴⁷⁵

Efetivada a tutela cautelar o autor dispõe de 30 (trinta) dias para apresentar pedido principal quando, além de formular o pedido, pode deduzir a causa de pedir de forma integral considerando que foi apenas indicada anteriormente.

É interessante averiguar que após o advento do CPC o autor pode provocar e romper a inércia jurisdicional, a fim de agir no curso do processo, para a concretização da tutela

⁴⁷⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 628, v. 2.

⁴⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 263.

jurisdicional. Dispõe o autor da possibilidade de formular o seu pedido principal, tendo como foco a necessidade de assegurar o seu direito.

Não obstante à possibilidade de aditamento, manifesta no § 2º do art. 308 do CPC, Cassio Scarpinella Bueno assevera que:

Qualquer semelhança disso com a dualidade existente no CPC de 1973 entre a petição inicial da “ação cautelar” e a da “ação principal” não é mera coincidência. O que o dispositivo no CPC de 2015 está a admitir é que o pedido “principal” seja justificado em fundamentos de direito e de fato diversos daqueles que justificam o pedido de “tutela cautelar”. Tal aditamento, aliás, muito provavelmente ocorrerá com enorme frequência graças a compreensão que o próprio Código de Processo Civil tem do que é e de qual é a finalidade da tutela *cautelar*, distinguindo-a do direito material propriamente dito: uma coisa (cautelar) é indisponibilizar o patrimônio do devedor para viabilizar o oportuno pagamento de uma dívida; outra (principal) é responsabilizá-lo pelo pagamento. A *causa de pedir* da indisponibilização relaciona-se com eventual alienação do patrimônio; a do pedido de responsabilização com o não pagamento de dívida no dia ajustado para tanto.⁴⁷⁶

Note-se que a fase do procedimento que pleiteia a tutela cautelar antecedente, iniciada com o protocolo da petição que elabora o pedido principal, pode ser uma fase de conhecimento ou uma fase executiva, sendo esta última esquecida pelos artigos 305 a 310 do CPC.

Caso a segunda fase seja marcada pela natureza executiva, o procedimento será o determinado pelo CPC a fim de que o exequente tenha a satisfação da prestação que lhe é devida. Por outro lado, quando se trata de uma tutela de conhecimento, a segunda fase pode seguir rito comum ou rito especial. Não há impedimento para alcançar uma tutela cautelar que procure garantir o resultado de um direito material, cujo processo segue procedimento especial.⁴⁷⁷

Formulado o pedido principal, tempestivamente, as partes serão intimadas a participar da audiência de conciliação e mediação, art. 308, § 3º, do CPC. Trata-se de citação única a ser realizada na fase cautelar do procedimento. Restando infrutífera a autocomposição, correrá o prazo para oferta da contestação ao pedido principal, art. 308, § 4º, do CPC, seguindo procedimento comum.

Por fim, podemos asseverar que quando a ação é proposta, considerando que a tutela foi concedida *inaudita altera parte* e efetivada antes do julgamento do pedido cautelar, há a existência de um único procedimento, a fim de garantir a preparação dos juízos sobre os pedidos de tutela cautelar e de tutela principal.

⁴⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: parte geral do Código de Processo Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 728, v. 1.

⁴⁷⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 182-183.

4.3.6 Cessação da eficácia da tutela cautelar

Os incisos do art. 309 do CPC tratam das hipóteses de cessação da eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente.⁴⁷⁸ Evitam que a tutela cautelar seja eternizada quando não se mostre mais justificável. A cessação da eficácia também é reflexo da preocupação com o fato de que a tutela cautelar possa atingir a esfera jurídica do réu, capaz de trazer-lhe gravame a partir de um juízo de probabilidade.

Cessada a eficácia da tutela provisória, cautelar ou antecipada, o autor poderá responder pelo dano processual e pelos prejuízos que a efetivação da tutela trazer à parte contrária.⁴⁷⁹

Importa alertar que é necessário cautela na interpretação dos incisos do art. 309 do CPC, pois nem toda tutela cautelar efetivada precisa vir acompanhada da formulação de um pedido principal. E nem sempre, tal fato pode resultar em cessação da eficácia da tutela cautelar, a *contrario sensu* da interpretação do inciso I, do art. 309 do CPC.

A eficácia da tutela cautelar antecedente cessa nas três situações apresentadas pelos incisos do art. 309 do CPC. Ocorre a cessação quando não houver dedução do pedido principal no prazo legal (art. 309, inciso I); quando não houver efetivação da tutela no prazo de 30 (trinta) dias (art. 309, inciso II); ou quando o juiz julgar improcedente o pedido principal ou extinguir o processo sem resolução de mérito (art. 309, inciso III).

O inciso I, do art. 309 do CPC descreve a hipótese de cessação no caso de não dedução do pedido principal, no prazo previsto no art. 308, a partir da efetivação da tutela cautelar. Contudo, conforme mencionado acima, a efetivação da tutela cautelar nem sempre exige a formulação do pedido principal, como se dá no caso de caução de dano infecto.⁴⁸⁰

A cessação da eficácia da tutela cautelar apenas ocorre se a formulação da pretensão principal for necessária ao processo originado pela ação cautelar. Quando ocorrer a efetivação da tutela cautelar e houver possibilidade de o autor exigir a tutela do direito acautelado, deve a

⁴⁷⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 531. “O art. 309 do CPC/2015 trata de hipóteses em que cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente. Refere-se o dispositivo à cessação da eficácia, e não à revogação ou modificação da tutela cautelar concedida em caráter antecedente (para esses casos, cf. arts. 296 e 298 do CPC/2015). Embora autônoma, a tutela cautelar refere-se àquilo que se pede principalliter; logo, o que sucede em relação ao pedido principal acaba interferindo nos efeitos da tutela cautelar antes deferida”.

⁴⁷⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 234.

⁴⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 265-266. “[...] Lembre-se que a caução de dano infecto é idônea para assegurar a viabilidade da tutela ressarcitória diante de possível dano futuro. Neste caso, não tendo ainda ocorrido o dano e, portanto, não havendo sequer possibilidade de exercício da pretensão à tutela ressarcitória, uma “ação principal” é obviamente impensável”.

pretensão ser proposta a fim de que haja justificativa para a restrição da esfera jurídica do réu. Em contrapartida, lhe será dada a oportunidade de demonstração da inexistência de eventual direito, que assim foi considerado no ato de concessão da tutela cautelar.

Note-se que o inciso I, do art. 309 do CPC destaca a inércia do autor em não deduzir o pedido principal no prazo legal. Para Leonardo Ferres da Silva Ribeiro,⁴⁸¹ que compreende ter havido a perda da autonomia do processo cautelar, fica afastado o raciocínio sedimentado no STJ (Súmula 482) no sentido de que o não ajuizamento do pedido principal, nos termos do atual CPC, provoca a perda da medida cautelar e a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Na lição do autor citado, a não apresentação do pedido principal causa a extinção da eficácia cautelar e não a extinção do processo, que prosseguirá para análise do pedido principal. Em síntese, não ocorrerá a hipótese de simples cessação de efeitos da tutela cautelar, mas a extinção da demanda cautelar, art. 308 do CPC.

Em nossa opinião, merece acolhida o posicionamento fundamentado na interpretação da Súmula 482 do STJ, que também encontra amparo jurisprudencial.⁴⁸² Identificada a falta de interesse de agir frente a não dedução do pedido principal, incensurável a sentença que julga a extinção do feito, tendo em vista a inércia da parte autora em cumprir determinação judicial para aditamento da inicial.

O inciso II, do art. 309 do CPC, apresenta a hipótese de não haver a efetivação (execução) da tutela cautelar no prazo de 30 (trinta) dias, o que causa a cessação da eficácia da tutela cautelar, mas não a responsabilização do autor. Tal ocorre porque a tutela cautelar não foi efetivada e, por sua vez, não afetou a esfera jurídica do réu.

⁴⁸¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 235.

⁴⁸² "APELAÇÃO CÍVEL. TUTELA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE. DETERMINAÇÃO DE ADITAMENTO AO PEDIDO INICIAL. DESCUMPRIMENTO. CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA MEDIDA LIMINAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO. 1. O apelante se insurge contra a sentença que julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, com fulcro nos arts. 303, §2º c/c 485, inc. X, do CPC/2015. 2. É cediço que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente observa o regramento disposto no art. 305 e Parágrafo único do CPC/15. 3. De acordo com o art. 308 do Código Instrumental, após efetivada a tutela em caráter antecedente, o requerente, em 30 dias, terá que complementar ou aditar a inicial, para formular o pedido principal, que se refere ao bem da vida pretendido. 4. Na hipótese de inércia do demandante, o art. 309, inc. I, do Diploma Processual, prevê a cessação da eficácia da tutela concedida em caráter antecedente e o §2º do art. 303 a extinção do processo sem resolução de mérito. 5. Nada obstante, o Superior Tribunal de Justiça, desde a vigência do CPC/1973, tem posicionamento firme de que a não propositura da ação principal dentro do prazo legal acarreta a extinção do processo cautelar sem a resolução de mérito. Súmula 482 STJ. 6. Desta forma, demonstrada a falta de interesse de agir à tutela final, bem como ao julgamento do mérito da ação proposta, incensurável a sentença que extinguiu o processo, sem resolução de mérito. Precedente do TJRJ. 7. Apelo não provido". (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Tutela Cautelar em Caráter Antecedente. Apelação Cível nº 0144208-11.2019.8.19.0001, do Rio de Janeiro. Relator: José Carlos Paes. Décima quarta câmara Cível. Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2020. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro). Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000489BA5C1E3F9C86A5CB8F6ED6E5686FD8C50D22353618>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

A cessação não é da eficácia da tutela cautelar, mas da eficácia da decisão que determinou a possibilidade para a efetivação da tutela. A razão dessa cessação encontra abrigo na inércia do autor da tutela cautelar, que pode esbarrar na falta de interesse na efetivação da tutela cautelar. Trata-se de um desinteresse superveniente ao alcance da tutela cautelar, o que vai justificar a cessação da eficácia da decisão cautelar.⁴⁸³

De certa maneira, a ausência de efetivação da tutela cautelar também pode associar-se à ausência de *periculum*. Em verdade, se presente a urgência, o autor teria o propósito de efetivar a tutela e não apresentaria comportamento contraditório.

Caso a execução da medida não ocorra no prazo legal, por fatos alheios à vontade do autor, não haverá a cessação da medida.⁴⁸⁴ Por derradeiro, cabível a incidência do art. 313, VI, do CPC com o propósito de suspender o prazo para a efetivação da tutela.

Quando a tutela cautelar for de efetivação complexa, no caso da necessidade de vários arrestos ou sequestros, por exemplo, a sua efetivação parcial no prazo de 30 (trinta) dias afasta a cessação da eficácia da decisão que concedeu a tutela cautelar.

A não efetivação da tutela cautelar, concedida antes que o réu seja ouvido, não descarta a indispensabilidade de sua citação para fins de contestação. Isso comprova que a cessação de eficácia da decisão obsta a efetivação da tutela cautelar, mas não o prosseguimento do procedimento, além da chance de reiteração da concessão da tutela após apresentação da defesa.

A nosso sentir, a finalidade precípua do inciso II do art. 309 do CPC é impedir a efetivação da decisão cautelar após o prazo 30 (trinta dias) do referido dispositivo e não, simplesmente, imputar a extinção do processo.

Da hipótese, o autor tem o prazo de 30 (trinta) dias para as providências cabíveis à efetivação da liminar concedida, sob pena da cessação da eficácia da tutela concedida. Considerando os requisitos inerentes à tutela cautelar, não há qualquer respaldo a fim de que o autor não observe o prazo legal para efetivação da medida cautelar. Deve assumir a

⁴⁸³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 483. “A ausência de efetivação da tutela cautelar impede que ela gere efeitos de forma que a cessação nesse caso não será dos efeitos da tutela cautelar, ainda não gerados, mas da eficácia da decisão que concedeu a tutela cautelar. Essa perda de eficácia pode partir de duas premissas: uma perda superveniente de interesse do favorecido pela concessão da tutela cautelar, que pode ser entendida como espécie de renúncia tácita da parte, ou uma ausência de urgência para sua efetivação, demonstrada pelo interesse em executá-la”.

⁴⁸⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 171. “[...] A demora exclusivamente imputável ao serviço judiciário, todavia, não pode acarretar prejuízo para o autor, motivo pelo qual se deve considerar que bastará ao demandante, no prazo de trinta dias, praticar todos os atos necessários para viabilizar a efetivação da medida (como recolhimento de custas ou fornecimento de endereço onde se deva praticar o ato de efetivação da medida cautelar), para que a decisão concessiva da tutela cautelar permaneça eficaz”.

responsabilidade de demonstrar, com a maior brevidade possível, o direito assegurado pela tutela cautelar.

O prazo de 30 (trinta) dias para a dedução do pedido principal, ou seja, para a propositura da ação principal, começa a ser contado da juntada aos autos do mandado de efetivação da tutela cautelar.⁴⁸⁵

A rigor, se a tutela for revogada antes do término do prazo para a formulação do pedido principal, não há necessidade deste ato. Não sendo deduzido o pedido principal no prazo legal, será declarada a perda da eficácia da tutela. Esta declaração ocorre nas hipóteses dos incisos I e II do art. 309 do CPC, as quais exigem análise sobre a observância ou não do prazo. Por outro aspecto, a declaração não é necessária quando o pedido principal for julgado improcedente ou quando houver extinção do processo sem resolução de mérito.

Como a perda da eficácia decorre da não dedução do pedido principal no prazo legal e não da decisão que declara a cessação, haverá responsabilidade do autor a partir do momento que em que se deu o decurso do prazo legal para a dedução da pretensão principal, independentemente da declaração da cessação da eficácia.

Oportuno questionar qual será a consequência que a cessação da medida causará à fase cautelar. Tal dúvida merece atenção pelo fato de não haver uma decisão definitiva nas situações mencionadas nos incisos I e II do art. 309 do CPC, ao contrário do que ocorre na hipótese do inciso III do art. 309 do CPC, no qual já existe uma decisão do pedido principal.

Embora o tema não seja pacífico desde a vigência do CPC/1973, a nova estrutura do procedimento caracterizada por um processo com fases distintas, fez com que o prazo do aditamento não mais apresentasse a natureza de prazo decadencial.

A impossibilidade de o autor oferecer o pedido principal nos mesmos autos em decorrência da preclusão temporal, encerra o mérito da fase cautelar, caracterizado pelo direito de obter segurança ao resultado útil do processo. Se não existe pedido principal, também não há sentença que resolva referido pedido.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 266. “[...] Quando são concedidas várias tutelas, como por exemplo diversos arrestos, o prazo começa a correr da juntada aos autos do primeiro mandado de efetivação. Lembre-se que a imposição de brevidade para a propositura da ação principal atende à necessidade de não se permitir a sobrevivência de uma tutela eventualmente infundada por longo período de tempo, exigindo-se que o autor assuma, no menor tempo possível, o ônus de demonstrar o direito assegurado pela tutela cautelar. Portanto, como a primeira tutela obviamente interfere na esfera jurídica do réu, o prazo deve começar a correr a partir da juntada aos autos do primeiro mandado”.

⁴⁸⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 185.

A última hipótese, consagrada pelo inciso III do art. 309 do CPC, refere-se à cessação da medida quando houver julgamento de improcedência do pedido principal formulado pelo autor ou, ainda, extinção do processo sem resolução de mérito.

Por derradeiro, o dispositivo corrigiu questão atinente ao inciso III do art. 808 do CPC/1973 que, ao tratar das hipóteses de cessação da eficácia da tutela cautelar, asseverava a sua ocorrência quando o juiz declarasse extinto o processo principal com ou sem julgamento do mérito.

Contudo, para Luiz Guilherme Marinoni a sentença de procedência do pedido não pode provocar a cessação da eficácia da tutela, nem mesmo após seu trânsito em julgado:

[...] Há casos em que, transitada em julgado a sentença de procedência, a tutela cautelar deve prosseguir eficaz para garantir a tutela do direito que depende da execução. O arresto, por exemplo, garante a tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia ou a tutela do direito de crédito, que obviamente dependem da execução em caso de não cumprimento voluntário da condenação. O inciso III do art. 309 corretamente restringe o âmbito da cessação da eficácia, limitando-o às hipóteses de improcedência do pedido principal e de extinção do processo sem resolução do mérito.⁴⁸⁷

A eficácia da tutela cautelar que, em verdade, garante a utilidade do pedido principal, perde a razão de ser caso a tutela principal seja improcedente. Se o pedido final for julgado improcedente ou houver a extinção do processo sem resolução do mérito, a tutela não pode ser mantida.

Portanto, havendo o reconhecimento de que a tutela do direito acautelada não deve (no caso de improcedência) ou não pode (no caso de extinção do processo sem julgamento do mérito) ser prestada, haveria séria contradição caso fosse mantida eficaz.⁴⁸⁸ Nesse sentido, sendo a tutela cautelar afastada da probabilidade do direito, ocorreria sua cessação.

A rigor, presente qualquer das situações previstas no art. 309, III do CPC, a tutela cautelar perde sua eficácia independentemente de o juiz ter cassado ou não a liminar concedida na sentença.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 268.

⁴⁸⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 532. “No caso previsto no inc. III do art. 309 do CPC/2015, a improcedência do pedido principal ou a sua extinção sem julgamento do mérito poderia ligar-se-ia à falta de fumus para a concessão ou manutenção da tutela cautelar. Segundo pensamos, não é disso, propriamente, que se trata. Pressuposto para a concessão da tutela cautelar é um mero fumus, não a certeza quanto à existência do direito. Logo, poderia ter havido motivos para a concessão da liminar e procedência de pedido de tutela cautelar. Caso, posteriormente, o pedido principal venha a ser rejeitado, com isso retira-se a eficácia da decisão que concedera a tutela cautelar, mas essa decisão não é revista, revogada ou anulada”.

⁴⁸⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 186. “[...] Devido a sua própria essência, que justifica a tutela provisória até que venha a solução da controvérsia ou a satisfação de uma prestação através da tutela

Existem situações, que embora não previstas no art. 309 do CPC, também justificam a revogação da tutela cautelar, importando na cessação de seus efeitos. Tal fato se opera porque nas medidas cautelares há a inserção da cláusula *rebus sic stantibus*, o que permite a alteração ou revogação em decorrência de eventual mudança no quadro fático da concessão.⁴⁹⁰

A cessação da eficácia da tutela cautelar depende da intimação do autor da sentença de improcedência do pedido ou de extinção do processo sem julgamento do mérito. Alerta a doutrina que entre a intimação da sentença e a interposição do recurso de apelação, pode existir perigo de dano, que pode ser afastado pelo próprio juiz de primeiro grau.⁴⁹¹

Em suma, na primeira das situações trazidas pelo inciso III, do art. 309 do CPC, não se pode considerar a presença do *fumus boni iuris* caso o juiz tenha decidido, em cognição exauriente, que o direito substancial não existe.

Na segunda hipótese do dispositivo, não se pode considerar o *periculum in mora*, na modalidade *perigo de infrutuosidade*, entendendo que não há risco para eventual efetividade do processo se a produção desse resultado é inviável. Na verdade, há um obstáculo à apreciação do mérito da causa.

Na mesma linha, a eficácia da medida cautelar é cessada caso o pedido seja julgado procedente e o direito material venha a ser efetivado e satisfeito, fato que também encontra amparo no Enunciado 504 da FPPC.

definitiva, aquela perde a sua razão de existir e desaparece como um efeito secundário da sentença, que se opera “ope legis”.

⁴⁹⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi da edição italiana de 1936. Campinas: Servanda, 2000, p. 122-123. “*Também os procedimentos cautelares podem ser considerados como emanados com a cláusula rebus sic stantibus, posto que eles não contêm a declaração de uma relação esgotada no passado e destinada, por isso, a permanecer, através do trânsito em julgado, imutável para sempre; mas constituem para projetá-la no futuro uma relação jurídica nova (relação cautelar), que visa a viver e então a transformar-se se a dinâmica da vida o exige. Por isso todas as vezes em que uma medida cautelar é concedida com base em uma só fase de cognição sumária (cf. n° 20 e 24), a mesma autoridade que emanou o procedimento poderá, através de uma nova cognição sumária, modificá-lo ou revogá-lo, se em pendência do processo principal sejam verificadas novas circunstâncias que desaconselham a continuação da relação cautelar originariamente constituída (assim, por exemplo, o presidente, depois de ter emanado as “providências temporâneas”, de que trata o art. 808 do Código de Processo Civil, pode sempre, sob recurso de uma das partes, trazer aquelas modificações que as sobrevindas exigências do caso aconselhem; o mesmo pode fazer, a meu ver, o juiz em caso de nunciação de obra nova ou de dano temido, quando novas razões de urgência lhe demonstrem a insuficiência ou a falta de oportunidade das providências originariamente ordenadas)*”.

⁴⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 269. “[...] Diante disso, há de se aceitar que o juiz, em hipóteses excepcionais – em que vislumbre a iminência da prática de dano –, possa manter a eficácia da tutela cautelar ou simplesmente deixar de revogá-la na sentença de improcedência ou de extinção do processo sem julgamento do mérito, a despeito de ser possível ao autor, igualmente em casos excepcionais, requerer a tutela cautelar diretamente ao tribunal mesmo que o recurso de apelação não tenha sido interposto”.

4.3.7 Renovação sob novo fundamento e coisa julgada

De acordo com o art. 309, parágrafo único do CPC, se por qualquer motivo cessar a eficácia da medida cautelar antecedente, o autor poderá renovar o pedido de tutela provisória não satisfativa por fundamento diverso, ou seja, baseado em nova causa de pedir.

Tratando-se a autonomia de uma das características da tutela cautelar, pressupõe-se que seu objeto seja diverso do objeto das demais espécies de tutela, pois cada qual possui o seu mérito que não se mistura com o da outra.

A fase cautelar do procedimento assume a natureza cautelar, sendo marcada pela decisão que põe termo a esta fase ou que encerra um dos capítulos da sentença definitiva. Da autonomia da fase cautelar em relação à fase principal, decorrem desdobramentos.

Não sendo concedido o pedido inerente à tutela cautelar, na primeira fase, não há impedimento para que o autor formule o pedido principal nos próprios autos em consonância ao art. 310 do CPC. Nesse contexto, o autor desvincula-se do prazo de 30 (trinta) dias, previsto no art. 308 do CPC, pois se a tutela não foi concedida não será efetivada.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves⁴⁹² uma vez rejeitada a tutela cautelar pleiteada antecipadamente, aplica-se o procedimento previsto nos artigos 305 a 307 do CPC, permitindo-se ao autor a emenda da petição inicial, para a conversão do pedido cautelar em processo principal. O autor também poderá elaborar seu pedido principal, através de um novo processo, diante de sentença terminativa ou de improcedência do pedido cautelar.

Não pode ser afastada a previsão do art. 310 do CPC, de que o indeferimento da tutela cautelar não representa impedimento para que a parte formule o pedido principal, assim como não obsta seu julgamento, exceto se o motivo for o reconhecimento da decadência ou de prescrição.

O pedido de tutela cautelar avança os limites do próprio mérito e atinge a fase que seria inaugurada pelo pedido principal. Vem à tona a reflexão sobre a indagação de qual seria a justificativa para que a decadência ou prescrição tivessem que ser novamente apreciadas, uma vez que já foram submetidas à decisão na fase cautelar.⁴⁹³

A doutrina entende que o disposto no art. 310 do CPC promove o reconhecimento da independência entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, objeto do pedido principal. A tutela cautelar tem por objeto a garantia da eficácia do direito substancial pleiteado em juízo no pedido

⁴⁹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 482.

⁴⁹³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 188.

principal, e não a sua satisfação. O escopo é a segurança em si mesma considerada, restrita a garantir a eficácia e a utilidade do resultado almejado pela tutela principal.

Fala-se em extinção por sentença ou decisão interlocutória de mérito, como consequência da autonomia do conteúdo da fase cautelar e da fase principal, a considerar que a fase cautelar tem mérito. Discutidas decisões encontram amparo nos artigos 485 e 487 do CPC, embasando uma sentença terminativa que não aprecia o mérito ou, ainda, uma sentença definitiva na qual o mérito cautelar é apreciado.

Eventual identificação do mérito e da possibilidade de uma sentença de mérito, que põe termo à fase cautelar do procedimento, provoca uma controvérsia doutrinária entre os que entendem e aqueles que não entendem que uma decisão cautelar produz eficácia de coisa julgada material.

Na doutrina prevalece o posicionamento daqueles que afirmam que a tutela cautelar não produz eficácia de coisa julgada material, do qual nos servimos. Destacamos as premissas de alguns autores para auxiliar na justificativa da nossa posição.

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro⁴⁹⁴ entende que a instrumentalidade persiste em relação ao pedido principal. Se no sistema instituído pelo CPC/1973 afirmava-se que a tutela cautelar servia ao processo principal, sob a égide do CPC assevera-se que ela serve ao pedido principal. Portanto, a decisão relativa ao pedido cautelar, lastreada em cognição sumária, não faz coisa julgada, pois seu resultado não interfere no pedido principal.

Porém, admite-se exceção a essa regra quando, no pedido cautelar, há o reconhecimento da prescrição ou decadência do direito do autor, o que gera decisão de mérito apta a formar a coisa julgada. Trata-se de economia processual à medida que o juiz reconhece, de imediato, a prescrição ou decadência relacionada à pretensão material objeto do pedido principal.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni a coisa julgada somente incide em face de algumas sentenças, excluindo-se as sentenças da jurisdição voluntária e as que decidem o pedido de tutela cautelar, porque a declaração contida em tais sentenças é incapaz de produzir coisa julgada material.⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 236.

⁴⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 260-261. “A declaração judicial somente é apta a receber a qualidade de coisa julgada material quando tem força suficiente para se tornar definitiva. Portanto, a declaração fundada em cognição sumária – típica à decisão cautelar – não é capaz de gerar coisa julgada material, até porque não objetiva produzir “definitividade”. Diante do pedido de tutela cautelar, o juiz decide com base em cognição sumária ou fundada na probabilidade do direito, sem que possa chegar a um juízo de “certeza” e, desta forma, “declarar” direito, o que é imprescindível para a formação da coisa julgada material. Ao julgar o pedido cautelar, o juiz “declara” que

Cassio Scarpinella Bueno⁴⁹⁶ compreende que apenas decisões de mérito, com cognição exauriente, se mostram aptas ao trânsito em julgado. A decisão concernente ao pedido cautelar, por ser baseada em cognição sumária, não produz coisa julgada.

Alexandre Freitas Câmara⁴⁹⁷ também explica que a decisão, sobre o pedido de tutela cautelar, baseia-se em cognição sumária não demonstrando aptidão para alcançar a coisa julgada.

Humberto Theodoro Junior também integra a corrente doutrinária daqueles que entendem que a tutela cautelar não produz eficácia de coisa julgada.⁴⁹⁸ Esclarece que a regra do art. 310 do CPC, excepcionalmente, importa em solução de mérito prejudicial à pretensão principal, configurando exceção à regra geral de que a decisão cautelar não produz coisa julgada.⁴⁹⁹

Outra parcela da doutrina, por sua vez, intui que a decisão de natureza cautelar pode ficar acobertada pela imutabilidade da coisa julgada. Para José Miguel Garcia Medina há formação da coisa julgada:

A coisa julgada que se forma, caso decidido o pedido cautelar (e não o principal), cinge-se a esse pedido (cautelar). Não se declara haver ou não o direito veiculado (ou a ser veiculado) no pedido principal (salvo na excepcional hipótese de reconhecimento da prescrição ou da decadência, a seguir referido). Mas rejeitada a cautelar por ausência de *fumus* ou *periculum*, não se admitirá a repetição da mesma ação (isso é, com o mesmo pedido e mesmo fundamento ou causa de pedir), por violação à coisa julgada. Há coisa julgada *em relação ao pedido principal*, quando ao julgar o pedido cautelar, o juiz reconhecer a ocorrência de decadência ou prescrição *em relação ao pedido principal*, cf. autoriza o art. 310 do CPC/2015, *in fine*. Não há coisa julgada se o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição do direito do *réu*. A situação

o direito é provável ou improvável. Porém, declarar uma probabilidade não é o mesmo do que declarar um direito. Aliás, declarar uma probabilidade é, implicitamente, confessar que o que foi afirmado como provável certamente pode ser dito em contrário – no mesmo ou em outro processo, pelo mesmo ou por outro juiz. Daí defluiu com naturalidade a regra de que “o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse” (art. 310, CPC)”.

⁴⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 353, v. 2.

⁴⁹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 171.

⁴⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2010, p. 180. “Como a ação cautelar é puramente instrumental e não cuida da lide (conflito de interesses, que é o objeto da ação principal), a sentença nela proferida nunca é de mérito, e, conseqüentemente, não faz coisa julgada, no sentido técnico. Uma demonstração evidente de que a sentença cautelar não faz coisa julgada encontra-se no art. 180, onde se estatui que o indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação (principal), nem influi no julgamento desta. Isso se deve justamente ao fato de permanecer intacto o mérito da causa, ou seja, a lide”.

⁴⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 658, v. I. “[...] assim, a regra geral de que a decisão cautelar não produz coisa julgada, em detrimento da pretensão de mérito, é excepcionada, transformando-se em empecilho à propositura da demanda principal. Em outros termos, prescrição e decadência são questões de mérito da causa principal, cuja apreciação pode ser antecipada para a solução ainda no bojo do procedimento das tutelas de urgência. Diante de tais temas de direito material, a tutela que se buscava em caráter provisório e não exauriente, transforma-se em definitiva exauriente, pondo fim, de uma só vez, tanto à pretensão preventiva como à definitiva”.

prevista no art. 310 do CPC/2015 é excepcional e, por tal razão, não admitiria interpretação extensiva.⁵⁰⁰

Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira afirmam haver mérito, na demanda cautelar, composto por pedido e causa de pedir. E na sequência, cognição exauriente do mérito cautelar e do direito à cautela. Prosseguem no raciocínio de que havendo decisão cautelar de mérito, com cognição exauriente, há coisa julgada cautelar.⁵⁰¹

Não obstante, como enuncia Sérgio Shimura, toda sentença que defere a medida cautelar, de modo geral, é insuscetível de revisão, sendo afastada a modificabilidade da medida.⁵⁰² Também para Marcus Vinicius de Abreu Sampaio, existe coisa julgada no âmbito das sentenças proferidas em decorrência do pedido cautelar.⁵⁰³

Para Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira a fase preliminar do procedimento, que pleiteia uma tutela cautelar antecedente, tem mérito próprio, ou seja, diverso do mérito da fase principal. O exame do mérito da tutela cautelar dar-se-á nos limites que a lei exige para seu deferimento. Embora a tutela cautelar não seja alvo de cognição exauriente,⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 533-534.

⁵⁰¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 577-578, v. 2. “A temporariedade da tutela cautelar não exclui, como visto, sua definitividade. A demanda cautelar, como todo ato de postulação, possui um objeto, um mérito, composto por pedido (de segurança) e causa de pedir (remota: plausibilidade do direito acautelado e o perigo da demora; próxima: direito à cautela). Há cognição exauriente do mérito cautelar e, pois, do direito à cautela. A cognição do direito material acautelado é que é sumária, bastando que se revele provável para o julgador (como exige fumaça do bom direito). A probabilidade do direito (tradicionalmente chamada “*fumus boni iuris*”) é elemento do suporte fático do direito à cautela [...] Uma vez concretizado esse suporte fático (probabilidade do direito acautelado), o direito à cautela pode ser certificado com definitividade. [...] Assim, se há decisão cautelar de mérito, com cognição exauriente, e não mais sujeita a recurso, há coisa julgada material”.

⁵⁰² SHIMURA, Sergio Seiji. *Arresto Cautelar*. São Paulo: RT, 2005, p. 529. “Um dos instrumentos de que se vale o direito para tutelar o valor segurança e pacificação é a consolidação das situações jurídicas, fazendo-as imodificáveis ou insuscetíveis de contestação. Isso ocorre por meio dos institutos da decadência, prescrição e da preclusão. [...] Quando essa consolidação tem repercussão para fora do processo e em relação a outros processos, tem-se a coisa julgada. Como ensina Calmon de Passos, brigar por nome é brigar por muito pouco. Toda sentença proferida em processo cautelar, como toda e qualquer sentença, é firme enquanto as coisas não se modificarem, ou seja, toda sentença tem insita a cláusula *rebus sic stantibus*. Consequentemente, a sentença que defere uma medida cautelar é sentença firme e insuscetível de revisão, pela sentença, por qualquer outro juiz e muito menos pelo próprio juiz que a proferiu (obviamente, esgotadas as vias recursais). Seria imoral, antijurídico, antilógico, antitudo, se fosse possível um juiz desfazer o que fez na sentença. Sem novidade de fato, não pode haver novidade de direito.”

⁵⁰³ SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: RT, 1993, p. 190. “Toda essa exposição, bem como a transcrição que lhe segue, serve a concluirmos que efetivamente existe coisa julgada no âmbito das sentenças proferidas nos processos cautelares, as quais, entretanto, devem ser encarradas sob o correto enfoque e situação que envolve o direito substancial de cautela, a autonomia da lide cautelar, e a situação que legitima a parte a formular pretensão cautelar própria, qual seja, o risco de dano”.

⁵⁰⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O poder geral de coerção*. São Paulo: RT, 2019, p. 80. “[...] Para conceder uma medida de urgência cautelar, por exemplo, basta um grau de profundidade menor, sendo superficial a cognição, enquanto para conceder uma medida de urgência antecipatória há necessidade de um grau mais aprofundado, sendo sumária a cognição. [...]”.

descabida a razão para afastar a coisa julgada. A exigência da cognição exauriente para reconhecimento da coisa julgada “*ultrapassaria os limites naturais da tutela cautelar*”.⁵⁰⁵

Questão interessante resulta da discussão se a decisão cautelar faz ou não coisa julgada. Com efeito, para a nossa percepção, a singela circunstância de um pedido ter sido alvo de decisão não traz o respaldo necessário para a produção da coisa julgada ou, ainda, para que a questão seja considerada indiscutível. Convém acrescentar que os efeitos práticos da medida não ocorrem mediante juízo de certeza, mas de probabilidade, o que não contribui para a formação da coisa julgada.

4.3.8 A efetivação da tutela cautelar em caráter antecedente

O CPC colocou à disposição do juiz e, conseqüentemente, da parte beneficiada pela concessão da tutela provisória, um conjunto sistematizado de medidas que podem ser adequadas à efetivação da tutela concedida. Conforme já estudamos anteriormente, o art. 297 do CPC prevê que o juiz “*poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória*” e que sua efetivação “*observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença no que couber*”.

Nesse contexto, o legislador outorgou meios efetivos com o propósito de que a tutela concedida seja implementada, dotando o juiz de instrumentos eficazes de cunho mandamental ou sub-rogatório para que a decisão seja efetivada. A necessidade de previsão legal se deu porque embora todos devam respeitar a CF e o arcabouço legislativo infraconstitucional, nem sempre é o que ocorre na realidade pátria.

Semelhante sistemática foi observada no art. 461 do CPC/1973, introduzido pela Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994. O § 5º do referido dispositivo já previa um rol meramente

⁵⁰⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 195. “*Partimos da constatação de que a fase inicial do procedimento que pleiteia uma tutela cautelar antecedente tem mérito, representado pela declaração do direito à segurança e pela sua concessão. Trata-se de um mérito próprio e diferente do mérito da fase principal, pois a tutela cautelar nunca se prestará a acertar a relação jurídica litigiosa ou a efetivar uma prestação, fenômenos representativos do mérito da tutela de conhecimento e do mérito da tutela executiva. Afinal, embora não seja comum o emprego da expressão direito substancial de cautela, quanto alguém vai a juízo pedir uma tutela cautelar a sua pretensão se limita a ver reconhecido esse direito que alega ter, referente a uma tutela de segurança, e, a concessão de uma medida apta a salvaguardar o direito que necessita dessa segurança. Por isso os dois principais argumentos dos que sustentam que a decisão cautelar não faz coisa julgada, que são a ausência de cognição exauriente e uma baixa carga de declaração, não podem ser aceitos. O exame do mérito cautelar, sob a perspectiva da tutela cautelar, realizar-se-á na exata profundidade que a lei exige para a sua concessão, razão pela qual incide em erro quem afirma que a tutela cautelar não faz coisa julgada porque não há a cognição exauriente. Exigir a cognição exauriente para a concessão da cautela ou para o seu trânsito em julgado ultrapassa os limites naturais da tutela cautelar. Exige-se mais do que o próprio ordenamento jurídico e a natureza do provimento estão aptos a oferecer*”.

exemplificativo de instrumentos utilizáveis pelo juiz para implementar a tutela prevista no art. 461 do CPC/1973.

Diante dessa linha evolutiva, a nossa legislação optou por uma ampliação gradativa da estrutura preliminarmente utilizada não apenas para a concessão, mas para a efetivação das medidas concedidas. O juiz passou a ter a possibilidade de concessão da tutela provisória de urgência e, precisamente, da tutela cautelar em caráter antecedente, espécie eleita em nosso estudo, a partir do momento que lhe foi conferido um poder geral para tal propósito. Este poder geral se faz presente na ausência de uma previsão específica, podendo ser invocado desde que preenchidos os requisitos das disposições gerais, abordados anteriormente.

As tutelas de urgências, proferidas através de liminares ou sentenças, são executadas de acordo com a natureza da obrigação nela contida. Esta era a regra do CPC/1973, a qual continua sendo aplicada no CPC vigente.

Reportando à análise do CPC/1973 no qual também houve preocupação com a tutela cautelar, tratada em livro próprio e com as denominadas cautelares típicas, verifica-se que existiam procedimentos cautelares que não demandavam ato executivo, exaurindo-se com o próprio ato, como a notificação, protesto e outros exemplos trazidos pela doutrina. Sem prejuízo, também existiam aqueles provimentos dependentes de meios executivos, como o sequestro.

No sistema executivo, manifesto pelo CPC/1973, vigorava o princípio da tipicidade dos meios executivos, de forma que a possibilidade de realização de atividade de natureza executiva somente se perpetrava quando houvesse previsão expressa sobre a regulamentação desta atividade.

A impossibilidade do emprego de meios executivos, diversos da previsão legal, persistiu até a entrada em vigor da Lei 8.952/1994, que também foi responsável pela inserção no CPC/1973 de uma regra geral para a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Desse modo, o art. 461, § 5º, do CPC/1973 passou a empregar medidas executivas diversas das tradicionais, visando o cumprimento da referida modalidade de forma específica. Posteriormente, houve extensão dessa mecânica com a introdução do art. 461-A, no CPC/1973.⁵⁰⁶

Ainda assim, o sistema processual anterior não disponibilizava ao jurisdicionado os meios adequados a fim de se alcançar a efetividade em todas as modalidades executivas. Ressalta a doutrina que todo sistema que busque a realização da tutela executiva à fim de

⁵⁰⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021, p. 57-58.

atender à exigência do acesso à justiça, deve tender à “*completude*”, prevendo os meios aptos a efetivar a satisfação daquilo que não foi espontaneamente adimplido.⁵⁰⁷

Com o escopo de corrigir a falha evidente o atual CPC, em seu art. 297, apresentou uma cláusula geral conferindo ao juiz a possibilidade de aplicar medidas coercitivas atípicas, diversas das previstas pela lei, para a efetivação da tutela provisória. Tal prerrogativa estende-se às tutelas cautelares em caráter antecedente.⁵⁰⁸

Na seara do nosso estudo, as medidas “*adequadas para efetivação da tutela provisória*”, mencionadas no art. 297 do CPC, em verdade são as medidas executivas atípicas que são passíveis de determinação com base no Poder Geral de Coerção, deduzido no art. 139, IV, do CPC.

Ao juiz é conferida a possibilidade de determinar “*todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias*” que sejam necessárias e suficientes, de acordo com a exigência do caso concreto, representando verdadeira regra matriz do Poder Geral de Coerção. Referidas medidas estão representadas nas mais variadas formas para alcançar a efetivação da tutela provisória concedida, não restringindo-se àquelas que foram utilizadas por longo período, para a prática da execução por coerção.

Neste passo, a partir de uma interpretação sistemática do CPC, o juiz pode lançar mão do art. 297 do CPC em diálogo com o art. 139, IV, do CPC, caso a efetivação da tutela provisória de urgência dependa de um comportamento positivo ou negativo do demandado, que se mantenha relutante em cumprir eventual determinação concedida em sede de tutela cautelar em caráter antecedente, objeto do estudo.

Oportuno consignarmos que, atualmente, para a efetivação da tutela cautelar em caráter antecedente, o juiz poderá aplicar qualquer espécie de medida coercitiva atípica que seja apta a tornar concreto o conteúdo da decisão proferida, no mundo empírico. Contudo, entendemos que a solução depende da análise do caso concreto e que, de forma equilibrada, deve ser determinada a medida apta à fim de que a decisão judicial seja cumprida com exatidão e prontidão.

⁵⁰⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O poder geral de coerção*. São Paulo: RT, 2019, p. 316.

⁵⁰⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018, p. 164. “*O dispositivo mencionado cuida do cumprimento execução da tutela provisória. Diz o caput que o juiz poderá determinar “as medidas que considerar adequadas” para efetivação da tutela provisória. Isso não quer dizer que o juiz está livre para determinar toda e qualquer medida que entender adequada, sem qualquer freio ou responsabilidade à tipicidade dos atos executivos*”.

CONCLUSÃO

A dissertação abrange as significativas mudanças, introduzidas pelo CPC, referentes às tutelas provisórias de urgência, com aspectos diversos do que tradicionalmente se pensou sobre o tema e, precisamente, no tocante à tutela cautelar em caráter antecedente, foco do trabalho.

Com a intensidade e a substancialidade das alterações trazidas pelo CPC, a evolução histórica do processo cautelar e da tutela cautelar deixou transparecer a essência dos institutos. Reforçou-se a necessidade de proteção do Estado em relação ao jurisdicionado, considerando a vedação à autotutela, além do propósito de garantia da efetividade da jurisdição.

Na linha evolutiva, renomados processualistas mostraram-se atentos à inevitabilidade de adaptação do processo cautelar às modificações da sociedade, sendo marcantes as lições do processualista alemão, Adolf Wach, precursor do estudo noticiado sobre processo cautelar. O tema também despertou a atenção de outros processualistas que contribuíram para o aperfeiçoamento da temática da forma como é manifesta no CPC vigente.

A concepção da estruturação, das tutelas provisórias de urgência, foi influenciada pelas noções paradigmáticas que o Código Processual Civil brasileiro recebeu de alguns países estrangeiros, que auxiliaram na solidificação do tema no direito pátrio. Verificou-se que a normatização da matéria, pelo sistema legal de uma nação, desmembra-se em significados diversos, de acordo com as raízes culturais do povo a que se direciona.

O direito liberal-clássico sinalizou a defesa da liberdade do cidadão em relação ao Estado. A liberdade, igualdade e segurança jurídica detiveram uma valorização intensa o que orientou a divisão interna dos Códigos Processuais Cíveis, com o intuito de proporcionar maior segurança jurídica.

A situação foi alterada na contemporaneidade, na qual figura um sistema integrado de institutos para adequação à realidade fática, buscando medidas, como as tutelas de urgência, que visem a afastar a ocorrência do dano. A forte tendência a amparo a situações de urgência cresceu amplamente no decorrer do século XX.

A complexidade dessas medidas, correlacionadas a situações urgentes, não pode afastar a segurança jurídica. Observamos que o instituto processual brasileiro, tutela provisória, tem as suas raízes em preceitos constitucionais, pois são garantias do processo que, pertencentes ao devido processo legal, não podem ser descartadas.

Ao que se percebe, houve uma reestruturação das medidas de urgência cujo objetivo fundamental não é apenas corroborar com a defesa dos interesses das partes envolvidas, mas

apresentar um alcance favorável à própria jurisdição, uma vez que a tutela jurisdicional equivale aos resultados práticos e efetivos que produz.

Como o CPC/1939 não acompanhou o grau científico que o direito processual civil havia alcançado na Europa no mesmo período, em 1973 foi iniciado o movimento reformador do CPC/1939 com base no Anteprojeto redigido por Alfredo Buzaid.

A estrutura do CPC/1973 foi profundamente modificada mediante a técnica de antecipação dos efeitos da tutela, que não apenas fez distinção entre os provimentos de urgência satisfativos e cautelares, mas demonstrou uma diferença quanto aos requisitos e procedimentos a serem utilizados.

Antes da inserção da tutela antecipada, no CPC/1973, a doutrina mostrava-se resistente ao acolhimento da tutela satisfativa do direito. Embora a tutela cautelar tivesse o propósito de permitir o alcance da tutela satisfativa, mediante cognição sumária, tal fato não era aceito pela doutrina mesmo que se tratasse de única forma para a efetivação do direito fundamental de ação. Como consequência, o legislador foi compelido a inserir o art. 273 no CPC/1973, o que fez com que a tutela antecipada pudesse ser requerida em caso de perigo de dano, em qualquer situação material litigiosa.

Atualmente, o CPC não deixa dúvidas de que o juiz pode conceder a tutela, mediante cognição sumária, desde que presentes os pressupostos legais. O tema das tutelas provisórias, pelas modificações sofridas, foi alvo de debates e discussões no decorrer da tramitação do Projeto do Código Processual Civil. O título do Livro V, no qual foram inseridas as tutelas de urgência, somente após inúmeras modificações, recebeu a denominação atual.

O CPC, de modo diverso do CPC/1973, chamou atenção quando introduziu modificação contundente na Parte Geral, na qual se encontra seu Livro V, discorrendo acerca *Da tutela provisória*, que fala das *Disposições Gerais, Da Tutela de Urgência e da Tutela de Evidência*, disciplinada nos artigos 300 a 310 do CPC, com extensão à toda a Parte Especial.

No texto definitivo, a tutela provisória permaneceu como gênero do qual são espécies a tutela de urgência e a tutela de evidência, art. 294 do CPC. A tutela de urgência traz outras duas subespécies, a tutela de urgência de natureza antecipada e a tutela de urgência cautelar. Ao invés de ser mantida a intenção original para que ambas as tutelas fossem tratadas em regime único, foram disciplinadas em capítulos diversos com procedimentos diversos. O CPC unificou os requisitos, entre as medidas de urgência, sem unificar os procedimentos entre as medidas cautelares e antecipadas antecedente.

Como amparo ao exercício das medidas, trazidas pelas tutelas provisórias de urgência, o legislador concedeu ao juiz a prerrogativa de determinar as medidas práticas cabíveis, no âmbito da prevenção.

De forma clara, restou sedimentada a licitude da disposição pelo juiz, do poder geral de cautela em caráter preparatório, poder implícito no CPC/1939 e exteriorizado no CPC/1973. O permissivo corresponde ao poder de utilização dos meios para evitar, no caso concreto, o perecimento do direito, desde que demonstrados os requisitos exigidos à concessão da tutela de urgência, *fumus boni iuris e o periculum in mora*.

O poder geral de cautela no CPC, consagrado em seu art. 297, prevê ao juiz a possibilidade de determinar as medidas que considere adequadas para a efetivação da tutela provisória. Como um dispositivo mais amplo, disponibiliza instrumentos eficazes, de cunho mandamental ou sub-rogatórios, para que a decisão seja efetivada. Ainda assim, vem acompanhado de limitações, gradativamente moldadas através dos sistemas anteriores, conhecidas como limitações objetivas, subjetivas e temporais.

A tutela provisória de urgência em sentido amplo, ao ser alcançada, é norteada por cognição sumária. Processualistas pátrios tendem a adotar mecanismos de sumarização para que processo e procedimento sejam mais céleres, quando o direito do autor possa restar prejudicado em razão da demora na prestação jurisdicional.

A partir da sistematização do texto definitivo do CPC, o legislador classificou a tutela provisória em tutela de urgência e tutela de evidência. Logo após, promoveu a subdivisão da tutela provisória de urgência, quanto à satisfatividade, em antecipada e cautelar, e quanto ao momento, em antecedente e incidente.

Pela normatização do texto do CPC, a tutela cautelar requerida em caráter antecedente é uma subespécie da tutela de urgência, que constitui espécie da tutela provisória. Trata-se da tutela requerida dentro do mesmo processo em que se pretende, posteriormente, formular o pedido de tutela *definitiva*, cautelar e satisfativa. O legislador prevê um procedimento próprio, considerando a existência de um processo único.

Para a concessão da tutela, em caráter antecedente ou incidental, são imprescindíveis os elementos que indicam a probabilidade do direito e do perigo ocasionado pela demora da prestação jurisdicional. As tutelas de urgência, cautelares e antecipadas, cingem-se nos requisitos comuns do *fumus boni iuris e periculum in mora*. A tutela de urgência não exige a demonstração da existência do direito material em risco, cuja comprovação se dará ao final do processo. Para a concessão da tutela cautelar basta que o direito em risco seja identificado como o interesse justificador ao direito de ação.

Para a concessão da tutela cautelar o juiz deve se convencer sumariamente da existência do direito ou, no mínimo, cogitar a possibilidade de reconhecê-lo em sede de cognição exauriente. Os elementos, apresentados ao juiz, devem de imediato demonstrar a credibilidade do direito invocado.

A tutela cautelar exige menos rigor para a sua concessão, não sendo possível afastar a distinção, entre as modalidades, para acolhida ao fato de que a lei menciona o termo *probabilidade* como requisito suficiente para ambas.

Com o advento do CPC, os procedimentos das tutelas provisórias antecipada e cautelar têm características distintas. A distinção entre os procedimentos traz à tona o tipo de cognição exercida pelo juiz. Para a tutela cautelar, o juiz exerce cognição superficial enquanto para a tutela antecipada, a cognição exercida será sumária. Consequentemente, o grau de probabilidade efetivado na tutela antecipada é superior ao da tutela cautelar.

No tocante à tutela cautelar antecipada, o procedimento encontra previsão apenas para a modalidade antecedente, artigos 303 a 304 do CPC. A outra modalidade dessa tutela, pleiteada em caráter incidental, não está vinculada a um procedimento específico, principalmente, por ser requerida mediante simples petição apresentada no processo em curso, nos termos do art. 295 do CPC.

Na tutela cautelar, o procedimento encontra previsão nos artigos 305 a 310 do CPC. Ainda que o procedimento abranja a possibilidade de requerimento em caráter antecedente e incidental, é manifesta a distinção entre os procedimentos da tutela antecipada antecedente e da tutela cautelar antecedente. Denomina-se antecedente, porque ambas as tutelas requeridas em caráter incidental não exigem forma específica, o que não provoca diferenças nos procedimentos.

O art. 308, *caput*, do CPC determina que uma vez efetivada a tutela cautelar, através da medida liminar ou da sentença que coloque termo à fase cautelar do processo, o autor deve deduzir o pedido principal em 30 (trinta) dias nos próprios autos do pedido cautelar. Na vigência do CPC o autor propõe a tutela cautelar e, depois, a pretensão principal no mesmo processo instaurado pela ação de cautelar.

Os incisos do art. 309 do CPC tratam das hipóteses de cessação da eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente. Evitam que a tutela cautelar seja eternizada quando não se mostre mais justificável. A cessação da eficácia também é proveniente da preocupação de que a tutela cautelar possa atingir a esfera jurídica do réu, trazendo-lhe gravame a partir de um juízo de probabilidade. Cessada a eficácia da tutela provisória, cautelar ou antecipada, o

autor pode responder pelo dano processual e pelos prejuízos que a efetivação da tutela eventualmente trazer à parte contrária.

Como visto, a sistematização da tutela provisória não se operou mediante ruptura abrupta com o sistema anterior, mas teve como ponto de partida as noções recebidas, pelo CPC, dos projetos de lei que o precederam. Denotou avanço ao preocupar-se com a situação concreta que enseja a sua concessão.

O legislador, felizmente, encontrou uma forma mais apropriada de regular a concessão de tutela não definitiva. A tutela provisória de urgência mostrou-se imprescindível para atenuar os rigores processuais, nas situações em que circunstâncias assim se façam necessárias, como é o caso da urgência. Por sua vez, a tutela antecipada vigora com o propósito de proteger o direito pautando pela sua fruição, enquanto a tutela cautelar tem como foco a proteção voltada ao processo, através de medidas que garantam o resultado útil do processo, vencendo a complexidade processual para uma prestação mais eficaz.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2013.
- _____; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2014.
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009.
- _____. *Principles of civil procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 1994.
- ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza: ex art. 700 CPC*. 2. ed. Pádua: Cedam, 1985.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade: In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001, v. 4.
- _____; MEDEIROS, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2013.
- ASSIS, Araken. *Antecipação da tutela*, em *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997.
- ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. *Tutela provisória: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018.
- AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas provisórias de urgência no CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil. Processo cautelar (tutela de urgência)*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 3.

_____. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela de urgência e efetividade do direito. Temas de direito processual – oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O processo cautelar*. In: *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do Direito*. Tradução: Denise Agostinetti; revisão da tradução: Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 22jun.2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22jun.2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: parte geral do Código de Processo Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 2.

_____. et al. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4.

_____. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1984, t. I, v. 10.

_____. *A instrumentalidade do processo e o devido processo legal*. Revista de Processo 102. São Paulo, abr.-jun/2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. III.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgência cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1957, v. 1.

COELHO, Gláucia Mara. *Direito processual civil português*. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

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

DIAS, Jefferson Aparecido; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. *A tutela de urgência em ações civis públicas propostas em face da fazenda pública*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed., rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017, v. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II.

_____. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Nasce um novo processo civil: reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Tutela jurisdicional*. Revista de Processo – RePro, n. 81, jan./mar.1996.

DINI, Enrico A.; MAMMONE, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1993.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial. n. EREsp 327438/DF, Corte Especial. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Distrito Federal, 30 de jun. de 2006. *Jusbrasil*. Disponível em:< Superior Tribunal de Justiça STJ - EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL: EREsp 327438 DF 2004/0015834-5 (jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 24 de jun. de 2021.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Tutela de Urgência Cautelar Antecedente. AI nº 0709612-51.2020.8.07.0000, do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Getúlio Moraes Oliveira. 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Brasília (DF), 22 de julho de 2020. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - SISTJWEB, Pesquisa de Documentos Jurídico. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894535039/7096125120208070000-df-0709612-5120208070000>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

FERREIRA, Willian dos Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável*. RePro, n.188, 2010.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Manual de direito processual civil esquematizado*. Coordenador Pedro Lenza. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

_____. *Manual de direito processual civil esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRECO, Leonardo. *A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015*. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro: s/ed, 2014, n.14, p. 317. Disponível em: < A TUTELA DA URGÊNCIA E A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2014/2015. | GRECO | Revista Eletrônica de Direito Processual (uerj.br)>. Acesso em 27 jun. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional diferenciada – a antecipação e sua estabilização*. Revista de Processo, vol.121/2005.

GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

HAZARD JR., Geoffrey; TARUFO, Michele. *American civil procedure – an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

JORGE, Flávio Cheim. *O processo cautelar e o poder geral de cautela do juiz*. Revista de Processo, São Paulo, v. 87, jun. / set. 1997.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. VIII, t. 1, n. 25.

LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual do direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Reforma do judiciário e efetividade do processo civil*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil*. Revista de Processo. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago.2004, v. 116.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e a tutela antecipada*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas*. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória na atualidade*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2017.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016.

_____; _____. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 2.

_____; _____. *Novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

_____; _____. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, v. 4.

_____. *Tutela inibitória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. t. São Paulo: RT, 1994.

MAZZEI, Rodrigo; MARQUES, Bruno Pereira. *A tutela antecipada e a responsabilidade decorrente da sua reversão em sentença: notas básicas sobre o tema a partir do CPC de 2015*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais* (processo civil moderno). 2. ed. São Paulo: RT, 2009, v. 4.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Tutela provisória de urgência Cautelar Antecedente. AI nº 6020596-65.2020.8.13.0000, de Minas Gerais. Relator: Estevão Lucchesi. 14ª Câmara de Direito Civil. Minas Gerais, 25 de fevereiro de 2021. Tribunal de Justiça de Minas Gerais). Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=6020596-65.2020.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. São Paulo: RT, 2018.

_____; _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal* (processo civil, penal e administrativo). 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

NETO, Abílio. *Novo código de processo civil anotado*. 2. ed. rev. e ampl. Lisboa: Ediforum, 2014.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O poder geral de coerção*. São Paulo: RT, 2019.

_____; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Tutela provisória*. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021.

_____; _____. *Da tutela antecipada à tutela superantecipada: breves considerações acerca dos requisitos essenciais da petição inicial simplificada*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____; _____. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2015, v. I.

PAVONI, Mariana Melo de Carvalho. *Tutela provisória: a técnica da antecipação a serviço da efetividade da jurisdição*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PERROT, Roger. *Les mesures provisoires em droit français. Les mesures provisoires em procédure civile*. Atti del Colloquio Internazionale. Milano, 12-13 ottobre 1984(org. professor Giuseppe Tarzia). Milão: Giuffrè, 1985.

PICARDI, Nicola. *Codice di procedura civile*. Milão: Giuffrè, 1994.

PINTO, Nelson Luiz. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre processo cautelar*. Em co-autoria com José Manoel de Arruda Alvim Neto. São Paulo: RT, 1991.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.

REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo. São Paulo: RT, jun. 2015, v. 244.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

RICCI, Edoardo. *A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Gênese*. Revista de Direito Processual Civil: Curitiba, 1999, v. 6.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Tutela Cautelar em Caráter Antecedente. Apelação Cível nº 0144208-11.2019.8.19.0001, do Rio de Janeiro. Relator: José Carlos Paes. Décima quarta câmara Cível. Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2020. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000489BA5C1E3F9C86A5CB8F6ED6E5686FD8C50D22353618>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: RT, 1993.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Tutela provisória de urgência. AI n. 0025719-82.2016.8.24.0000, de Jaraguá do Sul. Relator: Joel Figueira Júnior. Quarta Câmara de Direito Civil. Santa Catarina, 11 de agosto de 2016. *Jusbrasil*. Disponível em: <[https:// Tribunal de Justiça de Santa Catarina TJ-SC - Agravo de Instrumento: AI 0025719-82.2016.8.24.0000 Jaraguá do Sul 0025719-82.2016.8.24.0000 \(jusbrasil.com.br\)](https://Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20de%20Santa%20Catarina%20TJ-SC%20-%20Agravo%20de%20Instrumento%20AI%200025719-82.2016.8.24.0000%20Jaragu%C3%A1%20do%20Sul%200025719-82.2016.8.24.0000%20(jusbrasil.com.br))>. Acesso em: 13 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Antecipação de tutela. AI n. 2170506-19.2016.8.26.0000. Relator: Paulo Pastore Filho; Comarca: Ibitinga; Órgão julgador: 17.^a Câmara de Direito Privado; julgado em: 14.11.2016. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/405064447/agravo-de-instrumento-ai-21705061920168260000-sp-2170506-1920168260000>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Tutela cautelar antecedente. AI nº 2069535-84.2020.8.26.0 000, de São Caetano do Sul – SP. Relator: Ana Maria Baldy. 6ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, 10 de junho de 2020. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13634992&cdForo=0>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Tutela antecipatória confirmada. AI n. 2166660-28.2015.8.26.0000, São Paulo. Relator: César Ciampolini. 10ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 29 de março de 2016. *Jusbrasil*. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322884972/agravo-de-instrumento-ai-2166660282015826000-sp-166660-2820158260000>>. Acesso em: 02 maio 2021.

SHIMURA, Sergio Seiji. *Arresto Cautelar*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Arresto Cautelar*. 3. ed. São Paulo: RT, 1993.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 3.

_____. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SYAM, Pyali. *What is the difference between common law and civil law?* In Washington University in Sta Louis. School of Law. January 28, 2014. Disponível em: <<https://onlinelaw.wustl.edu/blog/common-law-vs-civil-law>>. Acesso em: 13.05.2021.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: RT, jul. 2012, v. 209.

TESSER, André Luiz Bauml. *As diferenças entre a Tutela Cautelar e a Antecipação de Tutela no CPC/2015*. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, (Coleção novo CPC doutrina selecionada, v. 4), 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I.

_____. *Processo cautelar*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2010.

_____. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo. São Paulo: RT, mar. 2008. Universitária de Direito, 2010, v. 157.

_____; ANDRADE, Érico. *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, v. 206.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatória*. Padova: Cedam, 1983.

VEIGA, Daniel Brajal; FONSECA, Geraldo; D'ORIO, Rodrigo; FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares; ARMELIN, Roberto. *A tutela de urgência em ações civis públicas propostas em face da fazenda pública*. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al]. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

VILLAR, Willard de Castro. *Medidas Cautelares*. São Paulo: RT, 1971.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil. Processo cautelar e procedimentos especiais*. 8. ed. revista, ampliada e atualizada com a reforma processual – 2006/2007. São Paulo: RT, 2007, v. 3.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

_____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

_____. *O Novo Regime do Agravo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.

WAMBIER, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*, apud *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

YARSHELL, Luiz Flávio. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

YEAZELL, Stephen C.; HAZARD, Geoffrey. *Provisional remedy law Britannica and Procedural law - Stages leading to trial or main hearing*. Britannica. Londres. Inglaterra. Disponível em: < <https://www.britannica.com/topic/procedural-law/Stages-leading-to-trial-or-main-hearing>>. Acesso em: 24 de jun. de 2021.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*. *Inovações do código de processo civil*. Obra coletiva organizada por José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996.

ZUCKERMAN, Adrian. *Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure*. In: ZUCKERMAN, Adrian (Coord.). *Civil justice in crisis – Comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. *Civil procedure: principles of practice (2003)*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2006.