

DEVER-GERAL DE CAUTELA NO CPC/15

Rennan Faria Krüger Thamay¹

Vinícius Ferreira de Andrade²

1. INTRODUÇÃO



tema que nos propusemos escrever tem a intenção de preencher algumas lacunas sobre o chamado *poder geral de cautela*, além de dissecar brevemente assuntos ligados à tutela cautelar que envolvam o CPC/15. É fato incontestável que a compreensão e o estudo sobre a tutela cautelar, ou dos *provisamentos de urgência*, já foram objeto de diversas monografias, obras e até mesmo parte integrantes de manuais e cursos. Salvo raríssimas exceções, no entanto, são escassas as obras específicas sobre o poder geral de cautela, circunstância esta que reafirma a necessidade do desenvolvimento teórico mais aprofundado sobre o instituto, sobretudo na atualidade com a edição do CPC/15.

A visão dicotômica, verificada no CPC/73 entre cautelares nominadas e inominadas, diferentemente de outros ordenamentos, gerou (como ainda gera) infindáveis discussões so-

¹ Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/RS e Università degli Studi di Pavia. Mestre em Direito pela UNISINOS e pela PUC Minas. Especialista em Direito pela UFRGS. É Professor do programa de graduação e pós-graduação (Doutorado, Mestrado e Especialização) da FADISP. Foi Professor assistente (visitante) do programa de graduação da USP, Professor do programa de graduação e pós-graduação (lato sensu) da PUC/RS. Membro do IAPL (International Association of Procedural Law), do IIDP (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), da ABDPC (Academia Brasileira de Direito Processual Civil). Advogado, consultor jurídico e parecerista.

² Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor Assistente na FADISP. Advogado.

bre a pertinência da fungibilidade entre as medidas e quais seriam os parâmetros, além, obviamente, daqueles previstos nos art. 797 e 798 do CPC/73, para que a providência pudesse ser efetivada e pudesse cumprir seu papel no processo. Todas essas questões — que remanescem até hoje na doutrina e jurisprudência —, ganham novas colorações a partir das discussões iniciadas no processo legislativo sobre o CPC/15 e sobre a feição do processo observado sob o prisma constitucional e democrático. Aliás, não só o processo legislativo, mas a própria redação final dada ao projeto de lei, poderá gerar problemas relacionados à subsistência, ou não, do *poder geral de cautela*.

Em segundo lugar, como não poderia deixar de ser, importa destacar que, sem a intenção de carregarmos conosco bandeiras de verdades perpétuas, nossa caminhada terá início — até por ser uma questão prévia em relação às demais —, pela nova estrutura contida no CPC/15 sobre as chamadas *tutelas provisórias*. Diversamente da opção eleita pelo legislador de 1973, o CPC/15, por sua vez, trouxe um livro específico, acerca das *tutelas provisórias*, ao lado de outros cinco, que integram o título epigrafado “Parte Geral”. Ainda por linha de aproximação dessa primeira observação introdutória, vê-se perfeitamente que o CPC/15 não separou — diversamente da então novidade recepcionada sob aplausos da doutrina³ quando da edição do CPC/73 —, as cautelares de modo anacrônico, como um *tertium genus*, ao lado dos processos de conhecimento e execução.

A influência da doutrina alemã⁴, sobretudo a italiana⁵,

³ Por todos, v. Galeno Lacerda “Um dos aspectos que singulariza o Código atual, em confronto com os vigentes em outros países de maior tradição jurídica, consiste precisamente no destaque outorgado ao processo cautela, posto no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução. Idêntico tratamento não se encontra em codificações apontadas como fonte de inspiração de nossos últimos Código de Processo Civil, como a alemã, a austríaca, a portuguesa e italiana.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 10ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 2)

⁴ V. Leo Rosenberg. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Trad. A. R. Vera, Buenos Aires: EJEA, 1955, Vol. I, pp. 4-5, vol. III, pp. 259-260.

até em decorrência da orientação doutrinária de Alfredo Buzaid, foi decisiva à época do CPC/73 para o enaltecimento da tutela cautelar em livro próprio, destacado ao lado dos processos de conhecimento e execução. Novamente, agora com as atenções voltadas ao CPC/15, parece-nos, ao menos num juízo preliminar, que o alvitre do legislador é tecnicamente mais apurado em relação à topologia empregada pelo legislador no CPC/73, por amalgamar a tutela de cautelar e tutela urgente satisfativa, sem a distorcida separação estanques entre processos (conhecimento, execução e cautelar)⁶, ainda que sob as vestes do gênero provisoriedade, sem embargo das ressalvas que serão melhor exploradas nos itens abaixo.

2. EVOLUÇÃO SOBRE AS TUTELAS CAUTELARES: DO CPC/39 AO CPC/73

Ainda que por aproximação do que acaba de ser dito, faz-se necessário, ainda que de maneira breve, traçar uma linha evolutiva sobre a tutela cautelar. De resto, adianta-se que, des-

⁵ Nesse sentido, v. Francesco Carnelutti: “Pressuposto dell’autonomia è che il processo cautelare abbia una funzione diversa dal processo di cognizione e dal processo di esecuzione; ma, come è detto nel testo, la diversità della funzione non risulta soltanto dalla diversità del fine.” (*Diritto e Processo*, Morano Editore, 1959, p. 359). Enrico Tullio Liebman, por seu turno, considerando a finalidade instrumental do processo cautelar, igualmente o contrapunha em relação aos processos de conhecimento e execução. (*Problemi del Processo Civile, Unità del procedimento cautelare*, Morano Editore, 1962, p.110).

⁶ “Quien, sin esta necesaria advertencia, quisera hacer una división tripartida de las providencias jurisdiccionales en declarativas, ejecutivas, y caulares, haría una clasificación ilusoria por heterogeneidad los términos, como quien dijera, por ejemplo, que los seres humanos se dividen en hombres, mujeres y europeos.” CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Apéndice Segundo: La sentencia declarativa de quiebra como providencia cautelar, Buenos Aires: Librería “El foro”, 1996, p. 191. Em sentido idêntico, ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2005, p. 15 e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, especialmente pp. 229-230 e DINI, Mario. *I provvedimenti d’urgenza nel diritto Processuale Civile*, Milano: Giuffrè, 1957, p. 26.

de a edição do CPC/39, avançando-se pelo CPC/73, e agora pelo então CPC/15, a tutela cautelar vem sofrendo sérias transformações em sua natureza e sua repercussão no processo civil. É fato que a tutela cautelar vem passando por fases bastante distintas e, ao que tudo indica, parece acertada, ao menos nessa fase embrionária, a divisão topológica dela dentro do CPC/15, distinguindo-a da tutela de evidência e, ontologicamente, da tutela satisfativa.

Ademais, adiantando-se superficialmente as linhas que seguirão abaixo, verifica-se que, por opção legislativa, e sempre respeitando os influxos sociais e históricos que foram editadas as codificações, a tutela cautelar nasceu no CPC/39⁷ como uma canhestra e anacrônica medida preventiva. Para ter-se uma ideia sobre a pouca importância ofertada à tutela cautelar, suficiente recordar que, no revogado código processual brasileiro de 1939, as ações cautelares apareciam sob a epígrafe de “processos acessórios”, incluídas num título, com a denominação de “medidas preventivas”. Como bem observado por Ovídio A. Baptista da Silva, o antigo código dedicava apenas treze artigos sobre a tutela cautelar⁸.

À época do CPC/39, existia a ideia fixa de que as medidas preventivas, especialmente a inominada, constituir-se-iam meros expedientes acessórios, mormente porque os juízes não se mostraram muito sensíveis a uma interpretação mais aberta ao art. 675 do CPC de 1939.⁹ Além disso, revelava-se bastante sintomático que as ditas *medidas preventivas* carregavam consigo o peso da teoria civilista do processo, o que seria mais um

⁷ Ficaram, portanto, para a observância dos objetivos traçados no presente ensaio, excluídas as análises sobre os Códigos Estaduais, Regulamento 737/50 e legislações mais antigas no período imperial. Para melhor compreensão histórica sobre as cautelares inominadas, v., por todos, VILLAR, Willard de Castro. *Medidas Cautelares*, São Paulo: RT, 1971, especialmente pp. 66-69.

⁸ BAPTISTA SILVA, Ovídio A. *A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro*, 4ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.3.

⁹ SANCHES, Sydney. *Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: RT, 1978, p. 17.

impeditivo para a evolução científica da tutela cautelar.

Se o próprio processo era visto como mero adjetivo do direito material (substantivo), era de certa forma até compreensível que a tutela cautelar fosse catalogada igualmente como uma despreziosa *medida preventiva*¹⁰. A terminologia (medida preventiva), a nosso juízo, não nos parece a mais adequada para classificar a tutela cautelar, porquanto o conceito é bastante elástico, inclusive dando uma margem maior e proporcional para dúvidas.¹¹ A locução medida preventiva não é incorreta, mas, ambígua.¹²

Posteriormente, como observado, de uma mera medida preventiva, dando uma guinada de trezentos e sessenta graus, a tutela cautelar foi prontamente alçada à condição de processo autônomo ao lado do conhecimento e execução. Vale dizer, passados aproximadamente trinta e quatro anos da transição do CPC/39 ao CPC/73, a tutela cautelar descambou de um lado para o outro, caminhando pelos extremos, certamente seguindo a orientação da parcela da doutrina e experiência de outros ordenamentos jurídicos, conforme apontado acima.

Não se pode olvidar que, diversamente da previsão das cautelares concentradas em treze artigos no CPC/39, a estrutura das cautelares no CPC/73 ganhou uma estrutura um pouco

¹⁰ V., nesse sentido, as observações realizadas por Lopes da Costa: “A tradicional concepção civilista da ação, que a considera como um elemento e um acessório do direito subjetivo, impediu até pouco à doutrina brasileira admitir a figura da ação acautelatória.” (LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Medidas Preventivas*, 2ª Edição, Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958, p. 26).

¹¹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Buenos Aires: Librería “El foro”, 1996, p. 40.

¹² A transação, p. ex, pode ser admitida para *prevenir* ou para extinguir litígio, conforme, aliás, disposição expressa do art. 840, CC-02. A propósito, v. Francesco Santoro-Passarelli. *La transazioni*, 2ª ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1975, n.1, p.4. A depender do ponto de vista da finalidade, ainda, p. ex., poder-se-ia, malgrado com base em argumento preponderantemente empírico, apregoar que a criação de títulos executivos extrajudiciais [art. 784 do CPC/15] seria medida preventiva àquele que ostenta o direito subjetivo de crédito para satisfazer de imediato sua pretensão, as ações declaratórias poderiam prevenir a ocorrência do ilícito.

mais harmoniosa, não sem alguma dose de exagero, distribuídas ao longo de noventa e quatro artigos. Nada obstante o descompasso entre a linha científica e o processo legislativo, fazemos coro, por reputarmos importante, às advertências realizadas por Ovídio A. Baptista da Silva em relação às cautelares inominadas¹³:

“Para muitos processualistas brasileiros, o Código de 1973 foi saudado como tendo “descoberto”, ou introduzido no direito brasileiro o princípio de tutela cautelar genérica, como se isso já não estivesse – e em certo sentido até com melhor disciplina – no Código de 1939. Raríssimos foram os juristas e práticos do foro brasileiro que viram as imensas possibilidades que o direito brasileiro de 1939 nos dava em tema de tutela cautelar inominada. As contingências sociais e históricas existentes, a tempo da promulgação do novo estatuto processual, no entanto, obrigaram-nos a voltar os olhos para o processo cautelar que – trinta anos depois da década de 40 – realmente se transformou, em virtude de circunstâncias várias, em instrumento indispensável para a prática judiciária brasileira.”

À época da edição do CPC/73, algumas características foram importantes para o amadurecimento, não sem objeções, sobre tutela cautelar: (i) previsão de um rol casuístico das chamadas *outras medidas provisionais*; (ii) existência de uma previsão genérica sobre as cautelares inominadas, tal como no código anterior; e (iii) definição sobre o marco temporal para a instauração das medidas cautelares, circunstância esta na qual se renderam amplas dissensões.

Mesmo assim, como era esperado pelo enaltecimento abrupto das cautelares, bem assim após o crescimento vertiginoso de sua utilização, parcela da doutrina passou a questionar a utilização distorcida dessa modalidade de tutela de urgência, máxime naquelas hipóteses em que a tutela cautelar passou a fazer as vezes das tutelas interinais provisórias satisfativas.

¹³ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, arts. 796 a 889, Do Processo Cautelar, Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, pp. 5-6, *passim*.

O exemplo mais emblemático, por certo, é aquele ofertado por Ovídio A. Baptista da Silva. Para o autor, enaltecendo a criatividade hercúlea dos advogados à época, mesmo numa situação periclitante, a utilização desmedida e distorcida das medidas cautelares surgiu nas milhares de demandas propostas em face do sistema financeiro, a fim de obter a liberação dos *cruzados* retidos pelo Governo Federal, junto ao Banco do Brasil, como parte de seu plano econômico¹⁴. Vê-se, pois, dentre outras situações, o nascimento das chamadas *cautelares satisfativas*, o que por certo já era uma sinalização de que o sistema não se revelava suficiente para satisfazer, ainda que sumariamente, as pretensões de urgência satisfativa.¹⁵

Posteriormente, a Lei n. 8.952/94, complementada pela Lei n. 10.444/02, constituíram dois importantes marcos legislativos para o abrigo das tutelas de urgência, sobretudo porque o CPC/73 recepcionou o entendimento sobre a ampla e irrestrita fungibilidade entre as tutelas cautelares e antecipatórias satisfativas. E o que aconteceu na prática? Não demorou muito tempo para que os problemas, advindos dessa distinção procedimental entre as tutelas, impactassem diretamente nos jurisdicionados. Às tutelas cautelares, em regra, restaria o processo autônomo (art. 796 e ss. do CPC/73); às tutelas antecipadas satisfativas, por outro lado, restaria o processo dito *principal* (art. 273 e 461, § 3º do CPC/73).

¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Vol. 2, 4ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 69.

¹⁵ Antes da introdução das *tutelas* de urgência interinal, inserida por meio da chamada primeira reforma do CPC/73, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 84, parágrafo terceiro, referente ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, prevê os pressupostos para a concessão de uma tutela liminar satisfativa. Reputando a medida liminar como satisfativa, v., por todos, ALVIM, Arruda, ALVIM, Thereza, ARRUDA ALVIM, Eduardo e Marins, JAMES. *Código do Consumidor Comentado*, 2ª Edição, São Paulo: RT, 1995, p. 399. De igual modo, o *mandado liminar* de manutenção ou reintegração da posse (art. 928, CPC/73) ostenta natureza satisfativa e não cautelar, segundo o entendimento majoritário da doutrina. Por todos, v. LARA, Betina Rizzato. *Liminares no Processo Civil*. 2ª Edição, São Paulo: RT, 1994, p. 167.

A rigor, até pela ausência do *discrímen* procedimental, a tutela satisfativa (antecipatória interinal) e cautelares andavam de mãos atadas, nada obstante a criação da medida satisfativa ser um ponto de separação de modo a sepultar as chamadas *cautelares satisfativas*. O legislador, no entanto, segundo precisa observação, deixou descoberta uma questão que clama por uma disciplina mais clara e expressa, como admissibilidade da tutela antecipada em caráter preparatório, competência para concedê-la, responsabilidade objetiva e beneficiário da antecipação¹⁶.

O CPC/73, pois, passou por um período de reconhecimento das tutelas cautelares como um terceiro gênero de processo e, após, sobretudo das constantes alterações legislativas, a tutela cautelar chegou a conviver lado a lado como as tutelas provisórias satisfativas interinais, por força, insistimos, do canal de aproximação criada pela política legislativa decantada pela *fungibilidade* entre as medidas de urgência.

A balbúrdia conceitual, deixando-se em um plano secundário a própria finalidade da tutela e a própria garantia constitucional de acesso à jurisdição de modo adequado, tempestivo e equo, chegou à extravagância da doutrina alvitrar a inserção das tutelas antecipadas no livro III das cautelares.¹⁷

Do mesmo modo, recomendações foram ouvidas no sentido de que a tutela antecipatória satisfativa ostentaria natureza típica cautelar pelo fator de visar a neutralizar o *periculum in mora*, sobretudo porque que tal requisito igualmente seria parte integrante do juízo de verossimilhança feito pelo juiz para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela.¹⁸ Outros, face à introdução da tutela satisfativa provisória do art. 273 do

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39.

¹⁷ RUBENS COSTA, José. *Tratado do Processo de Conhecimento*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 273-333.

¹⁸ COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. *Tutela Antecipada*, 3ª Edição, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 598-599.

CPC/73, advogaram a tese de que, a despeito da possibilidade de “antecipar a tutela no processo de conhecimento”, não mais se justifica a ação cautelar inominada incidental, fundada no *poder geral de cautela*.¹⁹

Muito autores, ainda imersos neste quadrante bastante distante da sistematização entre as tutelas de urgência, após o advento da antecipação dos efeitos da providência final, entenderam ser teratológica a utilização da tutela cautelar com o propósito de provocar provimento satisfativo. Outros, por sua vez, preferiram prelecionar a revogação parcial da tutela cautelar com o aparecimento da antecipação dos efeitos da tutela satisfativa.

Não deve passar despercebido, inclusive por sua importância, que, antes mesmo da edição do CPC/15, bem como influenciado por diversos simpósios especializados, havia na exposição de motivos e esboço do anteprojeto de revisão do Livro III do CPC/73, subscrito por Athos Gusmão Carneiro,²⁰ segundo a qual o processo cautelar passaria a denominar-se “tutela de urgência”, regulamentando, assim, tanto as medidas antecipatórias como as cautelares.

De fato, dentro dessa linha evolutiva, e talvez aqui resida um dos pontos mais sensíveis do processo sobre a impossibilidade de o tecnicismo procedimental prevalecer e imperar em detrimento da norma constitucional (art. 5º, inc. XXXV e LXXVIII). Nada obstante, por questão de política legislativa, o CPC/73, e suas reformas posteriores, deixaram a tutela satisfativa sem qualquer regulamentação nas hipóteses de necessidade de ela ser antecedente.

A questão aqui, não raras vezes vivenciadas a dificuldade na prática, a parte que não dispunha de toda documenta-

¹⁹ CARREIRA ALVIM, J. E. *Código de Processo Civil Reformado*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pp.106-109.

²⁰ GUSMÃO CARNEIRO, Athos. “*Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa*”, Revista de Processo, n. 140, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp.72-85.

ção e argumentos valia-se da base procedimental do processo cautelar para formular pretensão de urgência satisfativa, o que acarretou, no dia a dia do foro, de certa forma, ainda que timidamente, decisões do gênero *apartheid*, ou seja, cautelar *ou* antecipadas.²¹

O CPC/15, nesse contexto, não trouxe regra explícita sobre a chamada fungibilidade de *mão dupla*, a despeito da regra contida no § 6º, art. 303, o que de certo modo evitaria decisões do gênero maniqueísta (cautelar *ou* tutela antecipada). Nada obstante, até por força dos imperativos constitucionais (art. 5º, XXXV e LXVIII), bem assim pelo fato de haver a previsão da emenda da petição inicial e endosso da disposição constitucional no art. 3º do CPC/15, acreditamos que não há espaço para aplicação de fungibilidade parcial de meios, situação bastante parelha com a que ocorre na fungibilidade recursal.

3. TERMINOLOGIA ESTRUTURANTE EMPREGADA NO CPC/15

À semelhança do que acaba de ser dito, torna-se desde já imperioso evidenciar uma constatação: as legislações anteri-

²¹ Nos Tribunais eram encontradas algumas decisões a respeito: “(...) Ainda que se pudesse atentar para a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade entre a medida cautelar e a antecipação de tutela, tal providência só seria aplicável em se tratando de medida cautelar requerida equivocadamente como forma de tutela antecipada, e não o contrário. 4. Remessa oficial a que se dá provimento, restando prejudicada a apreciação do recurso de apelação.” (TRF 3ª R. – AC 93.03.054109-0 – 1ª Turma – Rel. Des. Fed. Johansom Di Salvo – DJU 14.9.2005). Felizmente, o STJ chancela a possibilidade da fungibilidade de maneira extensiva, não acolhendo setores da doutrina (v., por exemplo, DIAS, Jean Carlos. *Tutela de Urgência – Princípio Sistemático da Fungibilidade*, Curitiba: Juruá, 2003 e *Ainda a Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência. A Atual Posição Doutrinária e Jurisprudencial sobre o Tema*, Revista Dialética de Direito Processual Civil, nº 60, março 2008, pp.79-81) que se enveredaram no sentido de que ela era de mão única, portanto, trôpega. V., dentre outros. (STJ, AgRg no REsp 1003667 / RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 19.5.09, v.u e REsp 653.381/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.3.2006, v.u).

ores, ao regularem as tutelas de urgência, caminharam pelas extremidades, isto é, não houve uma tentativa de sistematização dos regimes, procedimentos e consequências sobre os efeitos dessas espécies de tutelas de urgência.

O CPC/15, por outro lado, fez uma divisão muito estruturada, não sem ressalvas, sobre as tutelas *preventivas*. Houve por bem realizar a primeira ruptura em dividir a tutela provisória em (i) urgência ou (ii) evidência. O CPC/15, trilhando na linha evolutiva das formas de tutela, fez um primeiro corte confrontando, de um lado, a evidência e, de outro, a urgência.

Uma segunda observação, ainda nesta linha introdutória, faz-se necessária. O legislador preferiu utilizar-se do termo provisório como gênero da espécie da urgência. Não nos parece, no entanto, que, tecnicamente, num juízo perfunctório, o emprego dessa expressão seja a mais consentânea com o grau de desenvolvimento para especificar a tutela cautelar.

De longa data, ainda no longínquo e revogado CPC/39, uma lição realizada por Lopes da Costa, com ressonância até os dias atuais, revela-se pertinente para descortinar a impropriedade terminológica apontada acima: diferença entre provisório e temporário. Segundo Lopes da Costa, “temporário é o que dura determinado tempo; provisório, porém, é o que, por algum tempo, serve até que o definitivo”. O temporário se define em absoluto, apenas em face do tempo; provisório, além do tempo, exige a previsão de outra cousa em que se sub-rogue.”²² Nunca é tarde recordar, aliás, que o próprio Calamandrei, em sua consagrada obra,²³ igualmente, fez a distinção citada acima entre temporalidade e provisoriedade.

²² Os exemplos dados pelo autor são bastante marcantes: “Os andaimes da construção são “temporários”. Ficam apenas até que se acabe o trabalho no exterior do prédio. São, porém, definitivos, no sentido de que nada virá substituí-los. Já, entretanto, a barraca onde o desbravador dos sertões acampa, até melhor habitação, não é apenas temporária, é provisória também.” (LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Medidas Preventivas*, 2ª Edição, Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958, p. 16).

²³ *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Buenos Aires: Librería “El foro”, 1996, p. 36.

Em termos diretos, entende-se que o critério da temporalidade é mais compatível com a própria essência das medidas cautelares²⁴, malgrado algumas excludentes, como, v.g., as medidas de antecipação de prova, agora previstas no art. 381 do CPC/15, visto que os efeitos dos provimentos cautelares devem perdurar até o desaparecimento da situação perigosa. Dois elementos não podem passar despercebidos para compreensão do mesmo fenômeno: o primeiro, que a temporalidade deve ser vislumbrada no plano da realidade prática e não no plano normativo; o segundo, que as medidas cautelares devem ser em si mesmas temporárias e igualmente temporárias em seus efeitos.

Quer-nos parecer, de resto, que a alteração contida no inc. III, do art. 309, do CPC/15, no sentido de que a eficácia será cessa se o *juiz improceder o pedido principal* é mais consentâneo e chancela a temporalidade nas tutelas cautelares. Nessa linha, importa rememorar que o CPC/73, em seu inc. III, do art. 808, previa, diversamente do CPC/15, o cessar sobre os efeitos das cautelares quando *declarado extinto o processo principal*. Parece-nos, ainda, que a opção do legislador foi a de estender os efeitos das cautelares, desassociando-os, ainda que parcialmente, daqueles produzidos no processo dito principal, sobretudo nas hipóteses previstas pelo legislador de procedência do pedido.

Para melhor ilustrar a questão, bom que se diga, valemo-nos de alguns exemplos ofertados pela doutrina. Ovídio A. Baptista da Silva, p. ex., brinda-nos com um exemplo acerca da concessão do arresto cautelar e posteriormente proferida sen-

²⁴ Em sentido idêntico, Luiz Guilherme Marinoni: “A provisoriamente não é nota exclusiva da tutela cautelar – onde, na verdade, existe temporalidade -, ocorrendo também na tutela satisfativa sumária.” (*Antecipação da Tutela*, 9ª Edição, São Paulo: RT, 2006, p. 133. Em sentido contrário, José dos Roberto dos Santos Bedaque para quem: “Não é ela [tutela cautelar] apta a ditar soluções definitiva do litígio, é passível de revogação e está necessariamente vinculada a outra tutela, vigorando apenas enquanto esta não é proferida.” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência – Tentativa de Sistematização*, 4ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 150.

tença condenatória que dependa da liquidação. Para o autor, seguindo suas sólidas premissas teóricas, os efeitos da tutela cautelar mesmo assim subsistiriam após a decisão do mérito.²⁵ Fritz Baur igualmente ensina a impossibilidade — na contramão da doutrina de Calamandrei —, que os efeitos do arresto cautelar não antecipam, em nada, absolutamente nada, o que a sentença condenatória poderia conter. Ou seja, não deve “haver qualquer dúvida de que a medida, relativamente à consequência jurídica material, deve constituir tanto um *aliud* [algo diferente] quanto um *minus* [menor] em relação à tutela satisfativa”.²⁶

Nesse contexto, é fato que, considerando o estágio em que se encontram as tutelas cautelares, a definição mais próxima com a natureza jurídica da cautelar seria qualificá-la como temporária, ou como uma tutela temporária de urgência cautelar.²⁷ Por último, até pelo fato da possibilidade de ser estabelecida a técnica satisfativa de antecipação dos efeitos, parece-nos que o critério da temporalidade teria maior serventia técnica.

4. DIFERENÇAS HISTÓRICAS E CULTURAIS DAS TUTELAS CAUTELARES

Adianta-se que, por vezes, o pensamento de parcela doutrina permanece obnubilado e impregnado de dogmatismo — como princípio epistemológico —, cuja prática está calcada

²⁵ No mesmo sentido, ABREU SAMPAIO, Marcus Vinícius. *O Poder Geral de Cautela do Juiz*, São Paulo: RT, 1993, p. 86.

²⁶ BAUR, Fritz. *Tutela Jurídica mediante Medidas Cautelares*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 43.

²⁷ É evidente que a doutrina formada em torno das cautelares, que segue a orientação irrestrita de Calamandrei, desde a obra histórica de 1936, não a vislumbra dessa maneira. Em se tratando de medida ou *instrumento do instrumento*, como *medida administrativa*, ou como *polícia judiciária*, as cautelares, no sentido largo, seriam provisórias e sempre dependentes do processo dito principal. V., como maior profundidade, sobre a provisoriedade: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, 20ª Edição, São Paulo: Leud, 2002, pp.72-73.

preponderantemente na ausência de diálogo, ausência de historicidade, o que infelizmente acaba gerando reflexos no direito e, ao fim e ao cabo, espalhando seus efeitos na própria doutrina. Quando o canal de discussão e diálogo sobre determinados institutos é interrompido, por consequência quase que intuitiva, não resta espaço para maiores investigações pretéritas, para perquirir sobre o passado, analisar o presente e diagnosticar problemas futuros.

Hoje, ainda mais com o intercâmbio de tradições vindas de outros ordenamentos jurídicos, sobretudo com a adoção de institutos importados de vários matizes, vivenciamos uma identidade única de sistema jurídico pelo transporte de institutos sem a devida compatibilidade com as nossas características, notadamente num país, tal como o Brasil, que é carente de valores de cidadania e inegavelmente subdesenvolvido.

O direito, notadamente o estudo científico dele, não pode prescindir do conhecimento histórico²⁸, uma vez que, sendo o processo produto cultural de um determinado povo, torna-se um imperativo sejam previamente identificadas nossas próprias tradições²⁹ cotejando-as com outras experiências jurídicas, in-

²⁸ Sobre a importância do conhecimento histórico, vale a pena conferir a seguinte passagem de Harold J. Berman, para quem: “Não apenas o defensor da escola jusfilosófica histórica sustenta que as instituições jurídicas, procedimentos, valores e conceitos jurídicos têm uma dimensão histórica; também o fazem o positivista, o jusnaturalista, ou nesse sentido até mesmo o clínico acredita que o Direito é apenas a vontade do mais forte. Eles derivam o seu próprio significado, em parte, do passado. Nunca é suficiente, em qualquer sistema jurídica ocidental, tentar explicar ou interpretar uma regra jurídica (ou valor, ou instituição) unicamente por meio do recurso à lógica, à política ou à justiça; ela deve ser interpretada e explicada, em parte, com recurso às circunstâncias que a fizeram surgir e pelo desenvolvimento dos fatos que a influenciaram ao longo dos tempos. O método dogmático, o método político e o método da equidade estão sempre sujeitos à complementação do método histórico de interpretação” (BERMAN, Harold J. *Direito e Revolução - A Formação da Tradição Jurídica Ocidental*, Coleção *Dike*, São Leopoldo: Editora Unisinos, p. 20.

²⁹ Dentre outros, v. Hans-Georg Gadamer: “Somente através dos outros é que adquirimos um verdadeiro conhecimento de nós mesmos. O que implica, entretanto, que o conhecimento histórico não conduz à dissolução da tradição na qual vivemos; ele pode também enriquecer essa tradição, confirmá-la ou modificá-la, enfim, contribuir

clusive negando-as ou rejeitando-as, para que o processo e suas respectivas técnicas ofertadas aos usuários da prestação jurisdicional tutelada pelo Estado sejam verdadeiramente instrumento útil e democrático.

A comunidade jurídica, então, começa a falar com toda naturalidade em precedentes, *distinguishing*, *overruling*, *obiturbur dictum* e etc, não antes sem debates atuais sobre a importação de institutos de tradições ligadas ao direito anglo-saxão. Fala-se, ao mesmo tempo, das mesmas, quiçá hoje esquecidas, *injunctions*, *rèfèrèe*, *contempt of court*, porém, de modo incauto, com a mesma mentalidade do que os escritores italianos, alemães e franceses escreviam no passado.

É com mira nas particularidades que acabamos de relatar, a nosso juízo, que não se pode mais prescindir sobre a investigação histórica ligada às tutelas cautelares, e para os fins de nossa investigação sobre as inominadas, mormente porque o CPC/15 possui traços, ao menos acreditamos seja possível falar em resquícios³⁰, do pioneiro estudo sobre as cautelares encetado por Piero de Calamandrei, de maneira que ela não pode ser acriticamente transportada para o direito processual de hoje.³¹

Mesmo que a importação de uma tradição fosse aceita para a nossa realidade jurídica, o fato é que as justificativas haveriam de ser expostas previamente com razoável fundamentação. Talvez, ao que tudo indica, alguns doutrinadores italianos que se debruçaram sobre as cautelares tenham sido sim-

para a descoberta de nossa própria identidade.” (*O Problema da Consciência Histórica*, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 13.

³⁰ A título ilustrativo, reservando-nos o direito de futuras reflexões, verifica-se que a parte final do art. 303 do CPC/15, ao mencionar, no procedimento da tutela satisfativa antecedente, o *resultado útil do processo*, parece ainda estar vinculado à doutrina que vislumbrava os processos cautelares como “instrumento do instrumento” em defesa do Estado e distante da visão contemporânea processual voltada à tutela dos direitos, notadamente os ditos fundamentais.

³¹ GOMES, Frederico Augusto e NETO, Rogério Rudiniki. *Estabilização da Tutela de Urgência: algumas questões controvertidas*. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada, Vol. 4, Org. Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freitas, Salvador: Juspodvum, 2015, p. 163.

plesmente reproduzidos sem maiores questionamentos. Aqui, como seria difícil não ser, são dois os personagens centrais para a identificação do superado paradigma da tutela cautelar, e como forma de contextualizar a ressonância de suas consagradas doutrinas: Chiovenda e Calamandrei.

O primeiro, influenciado pela doutrina germânica e de tratadistas italianos, considerava as cautelares como apêndice do processo. Chiovenda escreveu inclusive sobre as medidas cautelares, dividindo-as em medidas de conservação e medidas provisórias acautelatórias ou conservadoras. Para ele, tais medidas seriam especiais “porque expedidas antes de se declarar a vontade concreta da lei que nos garante um bem, ou antes de se realizar a sua atuação, para garantia de sua futura atuação prática.”³² Novamente, faz-se necessária uma breve digressão para a continuidade: a pouca, para não dizer qualquer, importância dada à tutela cautelar, por ser uma *mera* ação, por não se saber se existe o direito acautelado; a segunda, a vinculação das cautelares à teoria concretista do processo que não soube explicar o fenômeno dos pedidos julgados improcedentes.

Em linhas gerais, imerso num momento histórico do estado totalitário fascista, no qual a fórmula empregada, conforme discurso do próprio Benito Mussolini, era *tutto nello stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato*³³, com amplos reflexos no modo de ser enxergado o processo, Calamandrei igualmente escreveu sua monumental obra na tentativa de sistematizar as cautelares tomando como ponto de partida a preocupação não a tutela dos direitos, mas a tutela do próprio Estado.

Em sentido diametralmente oposto, com outras ressalvas, surge a doutrina de Allorio, propugnando para a noção do processo cautelar a existência do direito material de cautela.

³² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª Edição, 1º vol, São Paulo: Saraiva, 1965, p. 272.

³³ http://www.mussolinibenito.it/discorsodel28_10_1925.htm – acesso em 2-11-15, às 9 horas e 7 minutos.

Segundo o autor, partindo da premissa sobre a essencialidade da sanção para o direito, bem assim realizar a distinção entre sanção principal e sanção cautelar, “in linea generale, dunque, la sanzione è attuata per via d’azione.”³⁴ A compreensão do fenômeno, tão caro para parte da doutrina, só pode ser admitida caso superada a natural repugnância pela existência desse tipo especial de sentença mandamental, onde o ato jurisdicional contém mais *imperium* do que *notio*, onde o juiz ordena as medidas de proteção ao direito cuja existência lhe pareceu provável, sem ao menos declarar-lhe a existência.³⁵

Outro fator que evidencia o distanciamento entre as tutelas cautelares e satisfativas e serve de ponto de partida para o contexto histórico, por certo, está ligado ao requisito *periculum in mora*. É sabido que Calamandrei, e seus séquitos fieis, utilizavam-no como a base das medidas cautelares, especificamente o dano marginal que poderia derivar do retardamento da providência definitiva e evitar a lentidão do processo ordinário.

Com efeito, ainda dentro do contexto histórico, convém recordar a história dos processos sumários, que sabidamente eram ligados à necessidade de obviar a demora na obtenção da sentença final, constituíam técnica bastante antiga para evitar a lentidão do processo ordinário. Esta sumarização dos juízos, nas palavras de Victor Fairen Guillén, representava uma conquista para a economia processual em decorrência das crescentes necessidades de rapidez impostas pela organização do comércio que se desenvolvia ao redor do Mediterrâneo, impuseram também em matéria civil, a sumarização do processo.³⁶

Não sendo apropriado para fins do presente esgotar a

³⁴ ALLORIO, Enrico. “Per una Nozione Del Processo Cautelare”, Rivista di Diritto Processuale Civile, Vol. XIII – Parte I, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936, XIV, p. 35.

³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, arts. 796 a 889, Do Processo Cautelar, Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, p. 78, *passim*

³⁶ GUILLÉN, Victor Fairen. *El juicio Ordinario y los Plenarios Rápidos*, Barcelona: Bosch, 1953, p. 42.

análise de todos os precedentes históricos da técnica de sumarização para neutralizar a demora do processo ordinário e pleno, mesmo assim, não se pode olvidar que o processo monitorio igualmente possui função essencial de acelerar o surgimento da autorização de executar ou no caráter abreviador, nas precisas palavras de Eduardo Talamini.³⁷

O que reputamos decisivo para demonstrar a distinção histórica entre as técnicas de antecipação e tutela cautelar está ligado às técnicas de sumarização e às execuções provisórias que foram criadas para combater o *periculum in mora* mediante a antecipação futura dos efeitos da decisão final ou, até mesmo, como técnica de aceleração procedimental. À tutela cautelar, por seu turno, era relegada o requisito de dano irreparável que, nem sempre, ou pelo menos não necessariamente, nas sempre lembradas lições de Ovídio Baptista, tutelavam a ocorrência de dano irreparável³⁸.

Do que se disse, e de tudo o que se poderia dizer, tem-se a noção de que o contexto histórico e a cultura do modelo italiano eram voltados à defesa do Estado com a inércia do juiz na atividade instrutória e altamente marcado pela instrumentalidade das medidas cautelares, inclusive em relação à cognição, que era catalogada como provisória, porquanto pressupunha sempre substituição inexorável da cognição exauriente.

É imerso neste quadrante, ato sucessivo e contínuo, que ingressamos na diferença ontológica, procedimental e efeitos

³⁷ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitoria – A ação monitoria – Lei 9.079/95*, São Paulo: RT, 1998, p. 23. No mesmo sentido, “Para fugir à complexidade e delongas do procedimento ordinário, instituíram-se, por aquela época, várias modalidades de processo sumários(...)” v. AMARAL SANTOS, Moacyr, *Ações Cominatórias*, 1º tomo, 2ª Tiragem, São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 124.

³⁸ O mesmo Ovídio Baptista, reconhecendo a dificuldade sobre o tema e como sendo um assunto pouco explorado, reforçando a ideia sobre o interesse de conter a periclitacão do direito da parte, arremata: “que a opção teórica sobre o requisito do fundado temor de dano irreparável – o que nos faz compreender a possibilidade de uma ação cautelar autônoma, contida num juízo sumário de cognição superficial – de modo algum afasta a possibilidade de medidas e verdadeiras ações cautelares dependentes de um processo principal.” (op. cit., p. 225).

entre as tutelas cautelares e satisfativas.

4.1 CONTINUAÇÃO: DIFERENÇAS ONTOLÓGICAS, PROCEDIMENTAIS ENTRE TUTELAS CAUTELARES E SATISFATIVAS

Como visto, partimos da premissa de que, para a inserção no eixo instrumental para a concretização do acesso à jurisdição, devemos evitar a transposição de tradições importadas num contexto divorciado com o atual momento processual.³⁹ A transposição do Estado Liberal para o Social, e atualmente sendo vivenciada, o Estado Constitucional constitui-se em um vetor a ser observado para enquadrar as tutelas de urgência em seu contexto democrático.

Por isso, corretamente, afirma-se ainda que “o processo deve observar os direitos fundamentais processuais que garantam a participação dos jurisdicionados e adequado oferecimento das suas razões, mas deve estar estruturado de modo a viabilizar o efetivo alcance das tutelas dos direitos, sem que a decisão judicial se afaste do seu compromisso com as normas constitucionais.”⁴⁰ Sem dúvida, temos claro para nós que a essência do CPC/15 tem como um de seus pilares de sustentação a própria Constituição Federal.

Do quadro de onde partimos, resgatando o passado, não desconsiderando o presente, e olhando para o futuro, verifica-se um enorme hiato entre reputar a tutela cautelar como a *garantia da garantia*⁴¹, ou como instrumento posto *ao serviço* de

³⁹ Em sentido análogo, Teori Zavascki para quem: “Daí resulta que nem sempre o instituto jurídico importado tem, aqui, conformação semelhante à que tem no sistema de origem, pois o que dá a ele seu exato contorno é o sistema constitucional em que se acha inserido.” in *Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas Diferentes, Função Constitucional Semelhante*, Revista de Processo, n. 82, São Paulo: RT, 1996, p. 57.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*, São Paulo: RT, 2015, p. 83.

⁴¹ V. CARNELUTTI. Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, vol.I, Buenos

um outro processo.⁴² Preferimos, seguindo a linha evolutiva acima, catalogar a cautelar como instrumento para assegurar direito, pretensões e ações, segundo a clássica separação de Pontes de Miranda, sobretudo a proteger direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

A necessidade de ser investigado dado momento histórico sobre as tutelas cautelares deve também ser observada sob o ritmo que caracteriza a sociedade atual.⁴³ Ou seja, não há possibilidade de, considerando a evolução do processo como instrumento democrático, enxergar a tutela cautelar à luz da Constituição; deve, sim, a Constituição ser vislumbrada à luz dos provimentos cautelares para salvaguardar direitos, pretensões e ações.

De modo algum, a observação acima significa que não haja distinção ontológica entre cautelares e tutela satisfativa⁴⁴. Assegurar é acepção distinta e incompatível com a satisfação; assegurar satisfazendo, a nosso ver, representa uma quebra do princípio do terceiro excluído, sob o olhar do princípio lógico. Satisfazer, incluída aí a tutela provisória satisfativa, o direito é dar-lhe vigência fática, no plano das relações humanas, em última análise, é realizá-lo.⁴⁵

Aires: ed. UTEHA, 1944, p.246.

⁴² REIS, José Alberto dos. *A Figura do Processo Cautelar – Eficácia do Caso Julgado em Relação a Terceiros*, Edição Histórica, 1ª Edição, Coleção AJURIS – nº 19, Porto Alegre, 1985, p. 27.

⁴³ JOVÉ, María Ángeles. *Medidas Cautelares Innominadas En El Proceso Civil*, Barcelona: Bosch Editor, 1995, p. 15.

⁴⁴ Daniel Mitidiero, além de apregoar que se encontra superada a distinção na doutrina, verifica a impossibilidade de serem equiparadas a tutela cautelar e antecipatória, pois a primeira seria verdadeiramente uma forma de tutela para assegurar a tutela dos direitos, enquanto a segunda é mero meio para a realização da tutela satisfativa. (TESSER, André Luiz Bauml. *As diferenças entre a Tutela Cautelar e a Antecipação da Tutela no CPC/15*, Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada, Vol. 4, Org. Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freitas, Salvador: Juspodvum, 2015, p. 37 *apud* MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela*, pp. 47-48.

⁴⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Direito Processual Civil*, 4ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 81.

É de longa data que, com rigor científico, Pontes de Miranda, pelo que seguido por Ovídio A. Baptista da Silva, chancela a distinção entre “segurança da execução” e “execução para segurança”. Segundo Pontes de Miranda,⁴⁶ “com a generalidade que tomou no Código a medida preventiva do arresto, é muito importante distinguir do arresto preventivo o arresto execução para segurança.”

Num segundo plano, vale o destaque, a compreensão teórica sobre a distinção entre as tutelas de urgência deve passar pelo plano da dogmática mantida no CPC/15. O legislador que editou o CPC/15, tal como o seu antecessor, houve por correto fazer a distinção entre cautelaridade e satisfatividade. Em primeiro lugar, o CPC/15 não fala da observância do requisito negativo (irreversibilidade) para a concessão das medidas cautelares, pois, ao que tudo indica, ao menos deveria ser, não há satisfação no plano fático. Em segundo lugar, ao mencionar a tutela de urgência cautelar, o legislador foi taxativo, ao manter o chamado *poder geral de cautela* (parte final do art. 301, CPC/15), valendo-se da expressão “asseguração do direito”. Vale dizer, a finalidade e a distinção de requisitos são claros indicativos sobre a distinção procedimental entre a tutela cautelar e satisfativa.

Um ponto, no entanto, destaca-se dos demais pela novidade trazida pelo CPC/15: a estabilização da tutela de urgência concedida em caráter antecedente. Não é o caso de apontarmos toda a extensão sobre a polêmica questão, pois extrapolaríamos os limites do ensaio; não se pode negar, no entanto, que, em se tratando de opção legislativa com a inserção de regimes jurídicos distintos para estabilização a tutela de urgência, a distinção entre as medidas parece mais viva do que nunca com amplas consequências práticas.

⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo VIII, Rio de Janeiro: Forense, 1939, p. 332.

5. CAUTELARES NOMINADAS E INOMINADAS

Como observado, o legislador do CPC/15 houve por bem reduzir o rol das cautelares nominadas, preferindo, a toda evidência, expurgar do sistema aquelas medidas que, a despeito de constarem no livro específico das cautelares, não possuíam qualquer correlação com as tutelas cautelares.⁴⁷ Uma primeira constatação frente à opção do legislador: havendo menor número de *providências cautelares*, acredita-se que um maior espaço deva ser ocupado pelas cautelares inominadas⁴⁸.

De fato, desde logo, é possível afirmar que, dentro dessa relação circular e convivência — nem sempre harmoniosa —, entre cautelares nominadas e inominadas, verifica-se o caráter de subsidiariedade do *poder geral de cautela* em relação às medidas cautelares nominadas.⁴⁹ Mesmo sendo suplementar, segundo pensamos, não há espaço para que a tutela seja refutada às medidas cautelares inominadas de modo peremptório pela previsão típica, sem análise do caso concreto.

De certa maneira, o que acabamos de dizer já é consagrado no CPC/73, visto que para assegurar a efetividade da providência cautelar solicitada pela parte, o nome empregado para cautela seguramente cede espaço para análise sobre os requisitos das cautelares nominadas ou das inominadas previstas no art. 798 do CPC/73. Da lição de Victor A. A. Bomfim Martins⁵⁰, conclui-se: “Sem dúvida, o poder geral de cautela do

⁴⁷ A título de exemplo, não constam no CPC/15 as medidas catalogadas como “outras medidas provisionais” constantes no art. 788 do CPC/73. Sinteticamente, a tutela cautelar (nominada e inominada) está catalogada no art. 301 do CPC/15 que assim dispõe: “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.”

⁴⁸ Enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – Enunciado n. 31: “O poder geral de cautela está mantido no novo CPC.”

⁴⁹ Em sentido conforme, referindo-se aos *provvedimenti d'urgenza* do direito italiano, v. VERDI, Giovanni. *Profili del Processo Civile*, Napoli: Jovene, 1978, p. 144.

⁵⁰ *Comentários ao código de processo civil*, v. 12: do processo cautelar, arts. 813 a

juiz, que dá lugar às medidas inominadas, tem perfeito cabimento para assegurar a solvabilidade do devedor em qualquer processo, pouco importando o nome iuris que se dê à providência, como verbi gratia, “arresto inominado”, “depósito de bens”, “apreensão de bens”, inalienabilidade de bem imóvel, conforme o caso.”

O *poder geral de cautela*, como costumeiramente chamado pela maioria da doutrina, tem a sua origem ligada a uma insolúvel falha no sistema legislativo, em não conseguir inserir em uma norma positiva todas as situações concretas passíveis de serem objeto da tutela cautelar postulada através do direito de ação⁵¹ Em nosso sentir, a previsão do *poder geral de cautela* não decorre propriamente de uma falha no sistema legislativo, até porque não seria razoável impingir o Poder Legislativo de um prévio conhecimento das infundáveis situações que ocorrem no plano social.

O que nos parece mais razoável afirmar é que, modernamente e de forma louvável, a técnica legislativa adotada pelo legislador no CPC/15 caminha seguramente no sentido de prestigiar a função desempenhada pelas cautelares a fazer uma nomenclatura casuística das medidas e aumentar o número daquelas chamadas inominadas. Referida opção legislativa — que não está inserida num jogo de acertos e falhas — revela-se uma tendência mais consentânea com a tutela dos direitos e principalmente ligada à proteção constitucional da ameaça e lesão (art. 5º, XXXV, CF/88).

O CPC/15 traz a regra apontando a necessidade de ser comprovado o binômio (probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo), sem necessidade da observância de procedimentos específicos, salvo quando contestada a medida cautelar que deverá observar o procedi-

889, São Paulo: RT, 2000, p. 814.

⁵¹ ABREU SAMPAIO, Marcus Vinícius. *O Poder Geral de Cautela do Juiz*, São Paulo: RT, 1993, p. 139.

mento comum (par. único, art. 307, CPC/15). Vale dizer, não mais são exigidos o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, segundo o disposto no art. 798 do CPC/73.

De fato, segundo pensamos, os casos mais comuns verificados na jurisprudência acerca do *poder geral da cautela* estão ligados à proteção de direitos patrimoniais.⁵² Outros exemplos, p. ex, com base no art. 700 do CPC italiano, que prevê os *provvedimenti d'urgenza*, podem ser colhidos da doutrina italiana sobre a chamada “anotação preventiva da lide”⁵³, empregada usualmente no direito argentino e que sem dúvida pode ser catalogada como medida cautelar de ampla relevância e eficiência podendo ser concedida em nosso direito, como medida cautelar atípica, como bem alertado por Ovídio Baptista.

Mas, como base no que se disse, especialmente sobre o intento de a cautelar ser medida para assegurar ou conservar direitos, pretensões, ações e exceções, é no campo dos direitos fundamentais que avulta a importância prática do *poder geral de cautela*. Nessa linha, verifica-se uma clara ampliação das medidas inominadas para assegurar os direitos à dignidade humana, direito à saúde e outros tantos. Os casos de implementação de políticas públicas, ainda, representam verdadeiramente que o *poder geral de cautela* pode ser instrumento vocacionado para assegurar inclusive os direitos fundamentais.⁵⁴

⁵² V., por exemplo, o fragmento extraído do julgado pelo STJ: “Segundo o entendimento do STJ: (i) é possível a suspensão dos efeitos dos protestos quando há discussão judicial do débito; (ii) a decisão cautelar de sustação de protesto de título insere-se no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC; e (iii) a sustação de protesto se justifica quando as circunstâncias de fato recomendam a proteção do direito do devedor diante de possível dano irreparável, da presença da aparência do bom direito e quando houver a prestação de contra-cautela.” (STJ, REsp nº 627759 / MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25-4-06, v.u).

⁵³ O CPC/15, na esteira de seu antecessor, prevê no art. 828 a possibilidade de obtenção de certidão da execução que foi admitida pelo juiz.

⁵⁴ Cf., nesse sentido, “Poder de Cautela – Judiciário. Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o impleto de liminar, é insito ao

6. DEVER GERAL DE CAUTELA E SEUS LIMITES

Em relação às chamadas cautelares inominadas, a nosso ver, a denominação poder geral de cautela não é a mais apropriada para definir o instituto cautelar. Isso porque o termo era amplamente empregado pela doutrina por reputar que o *poder geral de cautela* ostentaria natureza discricionária e, em regra, jurisdicional.⁵⁵

Com a importação dos conceitos da discricionariedade do direito administrativo, sobretudo os juízos de conveniência e oportunidade, o poder geral de cautela, visto sob o ângulo de que o exerce — o juiz —, constitui uma forma de poder jurisdicional, com imensa dose de discricionariedade e serviente à manutenção do equilíbrio social e jurídico de toda uma coletividade.⁵⁶

Não pensamos dessa maneira, com o máximo respeito. Em primeiro lugar, não se deve olvidar que, a despeito de parte da doutrina apregoar a existência de discricionariedade para a concessão do *poder geral de cautela*, é fato a presença marcante do interesse público em torno das cautelares inominadas que a permeava, sem prejuízo da proteção do processo e do Estado, o que, como visto, não procede na atualidade e no atual desenvolvimento do processo encarado como instrumento democrático para proteção dos direitos.

Judiciário. Política Pública de Acessibilidade – Regulamentação – Ministério Das Comunicações – Afastamento por Decisão de Tribunal Regional Federal – Arguição no Supremo – Pendência de Apreciação – Separação de Poderes – Insegurança Jurídica – Liminar Referendada. Envolvida matéria de alta complexidade técnica e pendente de solução em outra arguição formalizada, cumpre suspender decisão judicial a se sobrepor a futuro pronunciamento do Supremo.” (STF, Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 309, Distrito Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25-9-14, v.u).

⁵⁵ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 100.

⁵⁶ No mesmo sentido, ABREU SAMPAIO, Marcus Vinícius. *O Poder Geral de Cautela do Juiz*, São Paulo: RT, 1993, p. 143.

Em segundo lugar, concordamos com a preciosa lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, quando a autora parte do pressuposto de que o conceito de *discrionariedade* está associado ao conceito de *imunidade*, e conclui seu pensamento sobre a ausência do primeiro no âmbito do Poder Judiciário, especialmente quando interpreta e aplica norma que contenha conceitos vagos nas hipóteses de liminares e sentenças.⁵⁷

A bem da verdade, tem-se que o entendimento que vigorava para justificar a presença de *discrionariedade* no *poder geral de cautela* estava comprometido com o paradigma clássico calcado no juízo de oportunidade e conveniência conferido ao administrador público. Para nós, e para boa parte da doutrina, não deve haver um juízo de conveniência para a concessão das verdadeiras medidas cautelares inominadas que tutelam a mera aparência.⁵⁸ Por isso que preferimos a utilização da denominação *dever-poder de cautela* para reformar o compromisso de ser necessário que o agente público, no caso os próprios juízes, possa atender, resguardar e promover a dignidade humana, proporcionalidade, legalidade, publicidade e eficiência, enfim, os predicados contidos no art. 8º do CPC/15.

Mas, mesmo assim, remanesce uma questão tormentosa: quais são os limites ao exercício do *dever-poder de cautela*?

Segundo Leonardo Greco: “Quanto à tutela provisória, apesar da amplitude do enunciado do artigo 297, parece-me que esse poder excepcional que a lei confere à autoridade judiciária está sujeito a dois limites intransponíveis: o primeiro é a dignidade humana; o segundo é a impossibilidade de adotar cautelarmente provimento que não poderia ser adotado através

⁵⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Da Liberdade do Juiz na Concessão de Liminares in Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*, São Paulo: RT, 1997, p. 507.

⁵⁸ Não verificamos qualquer traço de cautelaridade, senão legítima manifestação dos poderes instrutórios de direção do processo, nas determinações feitas pelos juízes de busca e apreensão dos autos ou retenção indevida pelo advogado entre outras, como costumeiramente constituem exemplos ofertados pela doutrina.

de um provimento definitivo.”⁵⁹ Malgrado a menção ao art. 297 do CPC/15, dispositivo ligado à atipicidade dos meios executivos para satisfação das técnicas antecipatórias de urgência, o dever-geral de cautela contido no art. 301 do CPC/15 deve ter seu primeiro ponto na impossibilidade de satisfazer qualquer direito, pretensão, ação e exceção. Não temos dúvida de que, igualmente, o dever-geral de cautela encontra limites nos próprios limites da razoabilidade e proporcionalidade.

Ou seja, não é dado ao Estado-juiz franquear medida cautelar inominada mais onerosa, quando, havendo mais de uma opção, possa ser privilegiado a menor restrição possível. O dever-poder de cautela também não se presta a impedir que a parte contrária ingresse em juízo com ação ou execução ou para obstar a eficácia da sentença transitada em julgado e a garantia do exercício constitucional de acesso à jurisdição (art. 5º, inc. XXXV) da ação de execução (art. 784, § 1º, do CPC/15).⁶⁰

Por certo, para a concessão das medidas cautelares inominadas, o juiz, no caso concreto, há de sopesar os danos que a concessão da medida poderá causar com os danos que a concessão poderá resultar de sua denegação, ou seja, adequar a lei ao caso concreto é função do juiz também quando se trata de pretensão à segurança.⁶¹

7. CONCLUSÕES

⁵⁹ GRECO, Leonardo. *A tutela da Urgência e a Tutela da Evidência no Código de Processo Civil de 2015*. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada, Vol. 4, Org. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freitas, Salvador: Juspodvum, 2015, p. 215.

⁶⁰ A propósito: “Medida cautelar. Descabimento da liminar. Excede os limites do poder cautelar geral do juiz o despacho "initio litis" que, em medida cautelar inominada, pendente a consignatória intentada pelo devedor, obsta ou suspende a execução do credor, titular de cédula rural hipotecária. Contrariedade aos arts. 580 e parágrafo único, 585, n. VII, do CPC, e 41 do dec. Lei n. 167/67. Dissídio pretoriano configurado. Recurso especial conhecido e provido”. (STJ, REsp nº 2816/MT, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, publ. 6-8-90, v.u)

⁶¹ TESHEINER, José Maria. *Medidas Cautelares*, São Paulo: Saraiva, 1974, p. 45.

Diante do acima exposto, poderíamos dizer que, com a recém edição do CPC/15, nosso breve estudo é, sem dúvida, meramente *provisório*, vale dizer, pressupõe que seja recebido como um objeto ao fomento de ideias e incentivo ao debate a fim de que novos comentários sejam realizados sobre o tema, sobretudo porque ele não foi objeto de muita preocupação pela comunidade jurídica.

Os Códigos de 1939, 1973 e 2015 representam grandes marcos teóricos sobre as cautelares de um modo geral. Parece-nos que a atual estrutura das cautelares (nominadas e inominadas) está mais voltada para a qualidade interna de seus efeitos. Se já eram questionáveis as opções pelo CPC/73, aceitas por considerável parcela da doutrina, sobre a instrumentalidade hipotética das cautelares, com excessiva preocupação com a tutela do processo, referido paradigma não é compatível com a feição processual da tutela dos direitos fundamentais e visão cooperativa verificada no CPC/15.

Parece-nos, por último, que, por mera opção legislativa, privilegiou-se o chamado dever-poder de cautela com a diminuição — para não falar em extinção —, das cautelares nominadas, desde que preenchidos os requisitos para a tutela da pretensão à segurança. E, mesmo havendo uma tentativa de amalgamar as cautelares e técnica satisfativa como gêneros da tutela de urgência, o CPC/15, ao criar a estabilidade para a tutela antecipada, manteve a necessidade de, cientificamente, separá-las e dividi-las no processo civil.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU SAMPAIO, Marcus Vinícius. O Poder Geral de Cautela do Juiz, São Paulo: RT, 1993.
- ALLORIO, Enrico. “Per una Nozione Del Processo Cautelare”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. XIII – Parte I, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936, XIV.
- ALVIM, Arruda, ALVIM, Thereza, ARRUDA ALVIM, Eduardo e Marins, JAMES. Código do Consumidor Comentado, 2ª Edição, São Paulo: RT, 1995.
- AMARAL SANTOS, Moacyr, *Ações Cominatórias*, 1º tomo, 2ª Tiragem, São Paulo: Max Limonad, 1958.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.
- BAUR, Fritz. Tutela Jurídica mediante Medidas Cautelares, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência – Tentativa de Sistematização, 4ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2006.
- BERMAN, Harold J. Direito e Revolução - A Formação da Tradição Jurídica Ocidental, Coleção *Díke*, São Leopoldo: Editora Unisinos, s/d.
- BOMFIM MARTINS, Victor A. A. Comentários ao código de processo civil, v. 12: do processo cautelar, arts. 813 a 889, São Paulo: RT, 2000.
- CALAMANDREI, Piero. Introduccion al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Apéndice Segundo: La sentencia declarativa de quiebra como providencia cautelar, Buenos Aires: Librería “El foro”, 1996.
- CARNELUTTI, Francesco. Diritto e Processo, Morano Editore, 1959.
-
- _____. Sistema de derecho procesal civil, vol.I, Buenos Aires: ed. UTEHA, 1944.

- CARREIRA ALVIM, J. E. Código de Processo Civil Reformado, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 2ª Edição, 1º vol, São Paulo: Saraiva, 1965.
- COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. Tutela Antecipada, 3ª Edição, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- DIAS, Jean Carlos. Tutela de Urgência – Princípio Sistemático da Fungibilidade, Curitiba: Juruá, 2003.
- _____. Ainda a Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência. A Atual Posição Doutrinária e Jurisprudencial sobre o Tema, Revista Dialética de Direito Processual Civil, nº 60, março 2008,
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma da Reforma, São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINI, Mario. I provvedimenti d'urgenza nel diritto Processuale Civile, Milano: Giuffrè, 1957.
- GADAMER, Hans-George. O Problema da Consciência Histórica, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.
- GRECO, Leonardo. A tutela da Urgência e a Tutela da Evidência no Código de Processo Civil de 2015. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada, Vol. 4, Org. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freitas, Salvador: Juspodvum, 2015.
- GOMES, Frederico Augusto e NETO, Rogério Rudiniki. Estabilização da Tutela de Urgência: algumas questões controvertidas. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada, Vol. 4, Org. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freitas, Salvador: Juspodvum, 2015.
- GUILLÉN, Victor Fairen. El juicio Ordinario y los Plenarios Rápidos, Barcelona: Bosch, 1953.
- GUSMÃO CARNEIRO, Athos. “Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa”, Revista de Processo, n. 140, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- JOVÉ, María Ángeles. *Medidas Cautelares Innominadas En El Proceso Civil*, Barcelona: Bosch Editor, 1995.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LARA, Betina Rizzato. *Liminares no Processo Civil*. 2ª Edição, São Paulo: RT, 1994.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del Processo Civile*, Unità del procedimento cautelare, Morano Editore, 1962.
- LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Medidas Preventivas*, 2ª Edição, Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*, São Paulo: RT, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, 9ª Edição, São Paulo: RT, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo VIII, Rio de Janeiro: Forense, 1939.
- REIS, José Alberto dos. *A Figura do Processo Cautelar – Eficácia do Caso Julgado em Relação a Terceiros*, Edição Histórica, 1ª Edição, Coleção AJURIS – nº 19, Porto Alegre, 1985.
- ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Trad. A. R. Vera, Buenos Aires: EJE, 1955, Vol. I. e Vol. III.
- RUBENS COSTA, José. *Tratado do Processo de Conhecimento*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- SANCHES, Sydney. *Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: RT, 1978.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *La transazione*, 2ª ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1975.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. *A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro*, 4ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1992.

- _____. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XI, arts. 796 a 889, Do Processo Cautelar, Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985.
- _____. Curso de Processo Civil, Vol. 2, 4ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- TALAMINI, Eduardo. Tutela Monitoria – A ação monitoria – Lei 9.079/95, São Paulo: RT, 1998.
- TESSER, André Luiz Bauml. As diferenças entre a Tutela Cautelar e a Antecipação da Tutela no CPC/15, Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada, Vol. 4, Org. Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freitas, Salvador: Juspodvum, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar, 20ª Edição, São Paulo: Leud, 2002.
- TESHEINER, José Maria. Medidas Cautelares, São Paulo: Saraiva, 1974.
- VERDI, Giovanni. Profili del Processo Civile, Napoli: Jovene, 1978.
- VILLAR, Willard de Castro. Medidas Cautelares, São Paulo: RT, 1971
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da Liberdade do Juiz na Concessão de Liminares *in* Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela, São Paulo: RT, 1997.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela, São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2005.
- _____. *in* Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas Diferentes, Função Constitucional Semelhante, Revista de Processo, n. 82, São Paulo: RT, 1996
- http://www.mussolinibenito.it/discorsodel28_10_1925.htm.