

FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Luana Huber Rodrigues

O PODER GERAL DE CAUTELA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Porto Alegre

2018

LUANA HUBER RODRIGUES

O PODER GERAL DE CAUTELA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo

Porto Alegre

2018

LUANA HUBER RODRIGUES

O PODER GERAL DE CAUTELA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 12 de janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo  
(orientador)

---

Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin  
(membro da banca examinadora)

---

Prof. Dr. Daisson Flach  
(membro da banca examinadora)

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, aos meus pais, Dirce Mariza Huber Rodrigues e Brasil Batista Machado Rodrigues, por me ensinarem o verdadeiro significado de amor e apoio incondicional. Ao meu irmão, Fagner Huber Rodrigues, e à minha avó materna, Lyria Huber por toda a preocupação e afeto que sempre têm por mim. Além de serem meu porto seguro, são as pessoas a quem eu sempre dedico minhas pequenas vitórias.

Às minhas amigas, colegas e companheiras da vida acadêmica, Ana Cristina Favero Carra, Júlia Ferrazi Magrin, Juliana Mendes da Fonseca e Victória Tonetto Byruchko, pelos auxílios, apoio e compreensão neste momento de contínuo enfrentamento de desafios. A convivência com vocês foi de extrema importância para tornar tão valorosos esses anos de graduação.

Agradeço, também, ao meu orientador, Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo, pela atenção, pela relação de horizontalidade que sempre teve comigo e demais colegas, e também pelos ensinamentos e críticas instigadoras, que sempre me motivaram a melhorar.

Por todas as críticas construtivas e sugestões direcionadas à pesquisa e ao trabalho de conclusão de curso ora apresentado, bem como pela constante troca de conhecimentos, agradeço a todos os membros do Grupo de Pesquisa Processo e Argumento, que comigo compartilharam, desde o meu 6º semestre, as necessárias dúvidas e inquietações sobre a prática forense, em um ambiente de respeito e coleguismo.

Agradeço também aos demais professores que participaram do meu aprendizado e do encanto pelo Direito, especialmente aos Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero, Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin e Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos, pelos ensinamentos proporcionados nas cadeiras de Direito Processual Civil. Este trabalho é fruto, também, dos conhecimentos transmitidos em sala de aula, os quais contribuíram, em grande medida, para a escolha do tema do presente trabalho.

Por todo aprendizado prático, por todos os esclarecimentos sobre dúvidas, e por toda a atenção em me ensinar, agradeço aos servidores e chefes dos locais onde estagiei (Ministério Público Estadual, Turma Recursal, Tribunal de Justiça, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 8ª Vara do Trabalho de Porto Alegre e Ministério Público Federal). Por sorte, durante toda a minha jornada acadêmica, tive a oportunidade de conhecer profissionais extremamente dedicados e excelentes lideranças que me servirão de inspiração.

## RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015) trouxe consideráveis alterações relativamente à tutela cautelar, dentre as quais merecem destaque a supressão do processo cautelar, o qual estava previsto no Livro III (“Do Processo Cautelar”) do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/1973). O ordenamento hoje vigente passou a incluir a tutela cautelar no âmbito das tutelas provisórias de urgência, ao lado da tutela antecipada, trazendo, ainda, como regra geral a atipicidade das medidas cautelares, de forma a ampliar a incidência do poder geral de cautela conferido ao magistrado. Em que pese as alterações trazidas pelo novo ordenamento, em sua maioria, tenham sido bem recebidas pela doutrina, ainda que tenham sido realizadas críticas quanto à equivocada terminologia da tutela antecipada, muitas dessas críticas surgiram em razão da supressão da regulamentação quanto às tutelas cautelares típicas, ao argumento de que a ampliação dos poderes gerais de cautela poderia conferir ao juiz maior discricionariedade em sua atuação, de forma a gerar eventuais decisões arbitrárias. A partir desse contexto, o presente trabalho visa à análise dos limites e da extensão do poder geral de cautela conferido ao julgador. Para tanto, serão analisadas, de forma sucinta, as alterações trazidas pela legislação e a forma como foram recepcionadas pela doutrina. A fim de adentrar propriamente no tema do poder geral de cautela, é imprescindível a análise das teorias acerca da natureza da tutela cautelar, bem como da verificação se tal poder é dotado ou não de natureza discricionária. Nesse sentido, conceituar a tutela cautelar como instrumento do processo, em adesão à doutrina clássica, ou como direito subjetivo da parte, de acordo com o posicionamento defendido por Ovídio Baptista da Silva, diz respeito ao grau de amplitude que se quer conferir a este poder do julgador. Assim, considerados tais apontamentos teóricos, serão verificadas as limitações ao poder geral de cautela, tanto pelo entendimento doutrinário quanto pela forma pela qual os tribunais têm aplicado essas limitações, as quais são decorrentes não somente do capítulo do Código de Processo Civil relacionado à matéria, mas também das normas constitucionais e processuais em geral. Como a tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, decorrem da necessidade constitucional de garantia da efetividade e do acesso à justiça, será analisada a relação do poder geral de cautela com os princípios constitucionais, bem como a forma pela qual esse poder conferido ao julgador pode atuar no atendimento desses princípios e no resguardo da futura concretização de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Poder Geral de Cautela. Tutela cautelar. Natureza. Limitações. Princípios Constitucionais.

## ABSTRACT

The Civil Procedure Code from 2015 (Law 13.105 / 2015) has brought considerable changes in relation to preventive injunctions, among which the removal of the precautionary procedure deserves emphasis, which was provided in Book III ("The Due Process") Civil Code Procedure from 1973 (Law N. 5.869 / 1973). The juridical order now in force began to include preventive injunctions in the scope of provisional emergency orders, along with the anticipated guardianship, also bringing as general rule the atypically precautionary measures in order to extend the general power of caution granted to the magistrate. Although the changes brought by the new judge order were mostly well received by the doctrine - although criticisms have been made of the misleading terminology of early protection - many criticisms have arisen as the rules suppression result regarding typical precautionary tutelages, to the argument that the general power of caution extension could give the judge greater discretion in his action, in order to generate eventual arbitrary decisions. From this context, the present paper aims at the limits analysis and the general power of caution extension given to the judge. In order to do so, we will briefly analyze the changes brought by the legislation and the way they were received by the doctrine. In order to properly enter into the general power of caution subject, it is essential to analyze theories about the prudential guardianship nature, as well as to verify whether or not such power is of a discretionary nature. This way, conceptualizing preventive injunction as a process instrument, in adherence to classical doctrine, or as a subjective right of the party, according to the position advocated by Ovídio Baptista da Silva, refers to the amplitude degree that is wanted to confer to this judge power. Thus, considering these theoretical notes, the limitations to the general power of caution will be verified, both by the doctrinal understanding and by the way in which the courts have applied these limitations, which are derived not only from the Civil Procedure Code chapter related to the matter, but also of constitutional and procedural rules in general. As urgent, precautionary or anticipatory protection stem from the constitutional need to guarantee effectiveness and access to justice, the relationship of the general power of caution to constitutional principles, as well as the manner in which this power conferred the general power of caution to constitutional principles as well as the manner in which this power conferred to the judge compliance with these principles and safeguard the fundamental rights future.

**Keywords:** New Civil Procedure Code. General Power of caution. Precautionary guardianship. Nature. Limitations. Constitutional principles.

## LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

CPC	Código de Processo Civil
NCPC	Novo Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
ZPO	Código de Processo Civil Alemão
§	Parágrafo
Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC/1939	Código de Processo Civil de 1939 (Lei 1.608/1939)
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/1973)
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015)
Ed.	Edição
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
t.	Tomo
Vol.	Volume
Rel.	Relator
Min.	Ministro
DJ	Diário da Justiça
REsp	Recurso Especial
AgRg	Agravo Regimental
AREsp	Agravo em Recurso Especial
MC	Medida Cautelar
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
MS	Mandado de Segurança
TJ	Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 TUTELA CAUTELAR: CONCEITUAÇÃO E BREVE SÍNTESE DAS ALTERAÇÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>11</b>
2.1 DOS REQUISITOS DA TUTELA CAUTELAR .....	15
2.2 TUTELA CAUTELAR: INSTRUMENTO DO PROCESSO OU DIREITO SUBJETIVO DA PARTE?.....	18
2.2.1 Tutela cautelar como forma de resguardo do processo .....	19
2.2.2 Direito material à cautela.....	21
2.2.3 Alterações da tutela cautelar no Novo Código de Processo Civil e a posição doutrinária acolhida pelo NCPC.....	26
<b>3 DO PODER GERAL DE CAUTELA.....</b>	<b>31</b>
3.1 EVOLUÇÃO E DEFINIÇÃO .....	31
3.2 RELAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA COM A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS .....	36
3.3 PODER GERAL DE CAUTELA: DISCRICIONARIEDADE OU NÃO? .....	40
3.4 LIMITES E EXTENSÃO .....	45
3.4.1 A controvérsia doutrinária acerca da não satisfatividade da tutela cautelar .....	47
3.4.2 Relação do poder geral de cautela com o princípio da fungibilidade .....	54
3.4.3 Quanto ao critério da necessidade: Aplicabilidade das regras do meio idôneo e da medida menos gravosa .....	58
3.4.4 Quanto ao critério da proporcionalidade.....	62
3.4.5 Poder geral de cautela e concessão de tutela cautelar <i>inaudita altera parte</i> .....	63
3.4.6 Inviabilidade da concessão de tutela cautelar de ofício.....	67
3.4.7 Poder geral de cautela em face de atos do Poder Público ou contra a Fazenda Pública .....	73
3.4.8 Poder geral de cautela e dever de fundamentação .....	77
3.4.9 Outras limitações ao poder geral de cautela .....	80
<b>4 RELAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM OUTRAS NORMAS DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>84</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>94</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>96</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil, ao trazer consideráveis alterações quanto à tutela de urgência, buscou aproximar tutela cautelar e antecipação de tutela, de forma a compatibilizar o Processo Civil com os princípios da efetividade e celeridade processual, bem como com a noção de tutela justa e efetiva. Em que pese a tentativa verificada, em algumas circunstâncias, não empregou o legislador a melhor técnica, mormente na classificação da técnica antecipatória e da tutela cautelar como tutelas provisórias. Do mesmo modo, restou silente quanto à concessão de tutela cautelar de ofício, não especificando, do mesmo modo, em que medida deve ser aplicável o teor do art. 9º, parágrafo único, inciso I, do CPC/2015.

Outra considerável alteração trazida pela nova legislação diz respeito à supressão do Capítulo II do Livro III, referente aos procedimentos cautelares específicos. De tal modo, conferiu o legislador uma ênfase maior na atipicidade das tutelas cautelares, fundadas no poder geral de cautela disposto no art. 301 do CPC/2015, no qual há breve menção às tutelas cautelares nominadas previstas na legislação antecedente. Nesse sentido, parte da doutrina entende que tais alterações confeririam um aumento do poder concedido ao magistrado, o que, de certo modo, poderia ocasionar decisões arbitrárias, tendentes a macular os limites legais impostos.

Nesse contexto de significativas alterações, tanto do texto legal quanto dos parâmetros principiológicos que motivaram tais alterações, o presente trabalho busca analisar, a partir do entendimento doutrinário e jurisprudencial, os limites e a extensão de tal poder geral de cautela no Novo Código de Processo Civil, em razão do qual, de forma reflexa, haverá, no presente trabalho, a menção sobre o modo como determinados aspectos da tutela cautelar eram analisados sob o revogado Código de Processo Civil de 1973.

Para verificar tais limitações ao poder geral de cautela, serão realizados, inicialmente, alguns apontamentos relativos às mudanças da lei, bem como do modo como tais alterações foram recepcionadas pela doutrina. Posteriormente, a fim de ser realizado o estabelecimento dos limites do poder geral de cautela, será verificada a natureza a partir da qual o ordenamento brasileiro concebe a tutela jurisdicional em questão, bem como a forma como é caracterizado o poder geral de cautela e o modo como se deu a sua evolução no Processo Civil Brasileiro. O estabelecimento de tais diretrizes é de salutar relevância, não somente a fim de analisar a origem do Processo Civil pátrio, mas também para verificar para qual sentido está se buscando direcionar o processo. Nesse sentido, a forma como é concebido o poder geral de cautela pela doutrina e pela própria legislação, e aplicado pelos juízes, condiciona quais e de

que modo deverão ser interpretadas as limitações a esse poder, bem como a maneira como se buscará interpretar as circunstâncias nas quais a legislação ficou silente.

Por derradeiro, uma vez traçada a natureza da tutela cautelar e do poder geral de cautela, da qual decorrem as limitações e extensões a esse poder, será analisada a relação de tal poder com os princípios constitucionais e com os princípios norteadores do Processo Civil, bem como será verificado em que medida este poder está sendo utilizado, pelos tribunais, a fim de concretizar a finalidade inerente a tal tutela e de assegurar o atendimento a estes princípios.

## 2 TUTELA CAUTELAR: CONCEITUAÇÃO E BREVE SÍNTESE DAS ALTERAÇÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em 1985, ao mencionar acerca da expansão das medidas cautelares, o escritor alemão Fritz Baur apontou o contexto de crescimento da necessidade social de proteção dos cidadãos, o qual deveria, de certo modo, ser sanado mediante desenvolvimento dos institutos de tutela provisória, na medida em que se pretende “que o provimento provisório venha a compensar transitoriamente a fraqueza do indivíduo frente ao mais forte ou ao poder de um grupo, ou que venha a remediar temporariamente estados de necessidades sociais agudos.”<sup>1</sup>

Quanto ao poder atribuído ao juiz para o deferimento de tutelas cautelares atípicas, importa salientar que já em meados do ano de 1994, Ovídio Araújo Baptista da Silva já apontava o “exagerado crescimento da ‘denominada ‘tutela cautelar inominada’”<sup>2</sup>, em contraposição ao decréscimo das formas típicas de tutela cautelar.

Do cotejo de tais informações, pode-se afirmar que a necessidade de adequado estabelecimento de novas diretrizes para a tutela cautelar não se trata de desafio recente, tampouco restrito ao âmbito nacional, assim como não o é o fenômeno de ampliação de casos nos quais as tutelas cautelares previstas legalmente não se mostram aptas a tutelar de forma eficaz o processo.

Há que se ressaltar que, no Brasil, as alterações legislativas trazidas pelas Leis nº 8.952/1194 e 10.444/2002 não se revelaram suficientemente eficazes, razão pela qual, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, as matérias relacionadas à tutela cautelar e à antecipação de tutela novamente passaram por mudanças.

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) trouxe consideráveis alterações quanto à tutela cautelar, dentre as quais a supressão do Livro III do CPC/73, relativo às cautelares – “Do Processo Cautelar”, do art. 796 ao 888 -, passando então, a integrar o Livro V do NCPC, “Das Tutelas Provisórias”, as quais foram divididas em tutela de urgência e tutela de evidência, sendo a primeira subdividida em tutela antecipada e tutela cautelar<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>BAUR, Fritz. **Tutela Jurídica mediante Medidas Cautelares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985, p. 17.

<sup>2</sup>SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do processo cautelar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 2.

<sup>3</sup>CPC/2015: Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 7 dez 2017.

Desse modo, como regra, não há mais a instauração de um processo cautelar autônomo, devendo as medidas cautelares ser requeridas incidentalmente, no processo (não havendo mais, portanto, que se falar em processo principal em contraposição ao processo cautelar), ou de forma antecedente, com a posterior formulação de pedido principal.

Para Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, o que há, neste novo cenário, são atividades judiciais, anteriores ou concomitantes ao processo de conhecimento, destinadas às finalidades do processo cautelar, determinadas, pois, a servir de instrumento para a proteção da eficácia do processo, ao assegurar a higidez de bens ou de pessoas.<sup>4</sup>

Assim, pode-se afirmar que houve a supressão da noção carnellutiana de processo cautelar como *tertium genus* – ao lado dos processos de conhecimento e de execução.

Nesse contexto, Daniel Mitidiero aponta a realização de confusão na terminologia empregada, em decorrência dos conceitos de técnica antecipatória e tutela cautelar, uma vez que a primeira consiste em uma inversão no procedimento, sendo, portanto, uma técnica processual que pode ser aplicada tanto para a tutela cautelar quanto para a tutela satisfativa, ao passo que a segunda é um dos fins que pode advir do emprego de determinado meio, sendo uma modalidade de tutela jurisdicional do direito.<sup>5</sup>

Já para Rennan Faria Krüger Thamay e Vinícius Ferreira de Andrade<sup>6</sup>, as legislações anteriores “caminharam pelas extremidades”, porquanto não houve, na visão dos autores, qualquer tentativa de sistematização dos regimes, procedimentos e consequências das tutelas de urgência, de modo que os autores viram de forma positiva, ainda que com algumas ressalvas, as alterações realizadas pela nova legislação.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado Processo Civil**. v. 3. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57.

<sup>5</sup> MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**: Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 31. Na medida em que o autor considera a tutela cautelar como definitiva, sustenta a sua idoneidade para formar coisa julgada, no que diz respeito ao direito à cautela, havendo a cognição sumária quanto ao direito acautelado. In: MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017, pp. 56-57. Nesse sentido, ainda: DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 11.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 578.

<sup>6</sup> THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Dever-Geral de Cautela no CPC/15. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. 855 p. (Coleção novo CPC: doutrina selecionada ;v. 4), p. 216.

<sup>7</sup> Complementam os autores: “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 topografia empregada pelo legislador no CPC/73, por amalgamar a tutela cautelar e tutela urgente satisfativa, sem a distorcida separação estanques entre processos (conhecimento, execução e cautelar), ainda que sob as vestes do gênero provisoriedade, sem embargo das ressalvas que serão melhor exploradas nos itens abaixo.” In: THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. *Op.cit.* 2016. p. 210.

As mudanças ocorridas tiveram influência de críticas da doutrina quanto à demasiada utilização de cautelares satisfativas, as quais, na verdade tratavam-se de antecipações de tutelas requeridas a partir do Processo Cautelar – ainda que a Lei nº 8.952/1994, ao estabelecer a tutela antecipada no art. 273 tenha tentado resolver essa questão -, bem como em razão da inclusão de medidas cautelares típicas que não guardavam qualquer relação, em sua essência, com as características da tutela cautelar, como as notificações e interpelações (art. 867 a 873 do CPC/73) e a posse em nome de nascituro (arts. 877 e 878 do CPC/73)<sup>8</sup>

Isso porque, na visão de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, o Código de Processo Civil de 1973 uniu diversos procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob a fórmula geral do processo cautelar, “não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem.”<sup>9</sup> Desse contexto deriva a expressão cunhada por Calmon de Passos, sob a vigência de tal código, “processos topologicamente cautelares”, para aqueles procedimentos desprovidos de natureza assecuratória, em oposição aos processos essencialmente cautelares.<sup>10</sup>

Nesse sentido, é o entendimento de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

Com efeito, é inescusável a constatação de que o Livro III do Código de Processo Civil de 1973, nominado “Do Processo Cautelar”, não abrangia só medidas tipicamente cautelares. Sob o rótulo de “processo cautelar”, previram-se tanto medidas cautelares propriamente ditas (nominadas e/ou inominadas) – assim entendidas como medidas preventivas, baseadas em cognição sumária, dependentes de um processo principal e aptas a evitar a consumação de um dano – quanto medidas satisfativas autônomas, que, por opção legislativa, se sujeitam ao processo (*rectius*, procedimento) cautelar nele previsto.<sup>11</sup>

Há que se salientar que o Novo Código de Processo Civil não adotou um regime jurídico único em relação às tutelas de urgência (nas quais se encontram inseridas a antecipação de tutela e a tutela cautelar), todavia, buscou aproximar o tratamento destas, embora utilize procedimentos distintos, mormente no que diz respeito à possibilidade de estabilização tão somente para a denominada tutela antecipada.

Em que pese parte da doutrina tenha considerado louvável a busca pela aproximação de tais institutos, houve várias críticas quanto à conceituação de tutela cautelar como

<sup>8</sup> Tal problema já era verificado por Ovídio Baptista também na Itália, ao afirmar a existência de “apreensões com o desenvolvimento exagerado assumido pelas formas sumárias de tutela jurisdicional, frequentemente não-cautelares, que se utilizam do procedimento cautelar” In: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op.cit.* 1999, p. 2.

<sup>9</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. In: ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (Coord.). 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 106.

<sup>10</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1984, v. 10, p. 57.

<sup>11</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, p. 102.

provisória<sup>12</sup>. Tal discordância deve-se ao acolhimento, por alguns doutrinadores, do entendimento de Ovídio Baptista, no sentido de que a cautelar seria temporária, e não provisória. Isso porque, na visão de tal doutrinador, o provisório pressupõe a sua futura substituição por algo definitivo, de modo que, em tais casos, há a antecipação do que é esperado se concretizar no futuro, o que está intrinsecamente relacionado à noção de tutela antecipada.<sup>13</sup> Nesse sentido, por exemplo, Fredie Didier refere ser a tutela cautelar temporária, dada a sua eficácia limitada no tempo.<sup>14</sup>

Não havia, no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente antes da vigência do Novo Código de Processo Civil, consideráveis discussões acerca da necessidade, vista pela doutrina, de uniformização do tratamento das tutelas de urgência – tendo ocorrido, até então, somente o desenvolvimento, em 2002, pelo advento da Lei nº 10.444/2002, da técnica de fungibilidade das tutelas cautelar e antecipada -, baseadas na ideia de desenvolvimento de regime jurídico único, razão pela qual o Novo Código, nesse sentido, foi recebido de forma positiva por alguns setores da doutrina.

Nesse contexto, cabe citar o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque, *litteris*:

Ora, se possuem tantos aspectos que as aproximam, melhor seria tratá-las em conjunto e submetê-las ao mesmo regime jurídico. Esse parece ser o real interesse no estudo comparativo das espécies de tutelas provisórias, as de caráter meramente conservativo e as que possuem conteúdo antecipatório. Dada a similitude existente entre elas, aconselhável recebam o mesmo tratamento jurídico. Irrelevante considerá-las como modalidades de cautelar ou reservar essa denominação apenas para as conservativas ou não antecipatórias. Importante, sim, é determinar sua substância e demonstrar que ambas existem como a mesma finalidade e possuem características praticamente iguais.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Ademais, há de se destacar a equivocidade ao mencionar a tutela cautelar como provisória, uma vez que para a doutrina de Alfredo Araújo Lopes da Costa e para Calamandrei, provisoriedade pressupõe a substituição por algo superveniente, ao passo que o temporário prescinde de substituição, sendo, portanto, absoluto. Dentro de tal contexto, correto o entendimento de que a tutela cautelar não seria provisória, e sim temporária, na medida em que “a temporalidade deve ser vislumbrada no plano da realidade prática e não no plano normativo”, devendo as medidas cautelares serem “em si mesmas temporárias e igualmente temporárias em seus efeitos.” In: THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. *Op.cit.* 2016, p. 217.

<sup>13</sup> Nesse sentido: SILVA, Jaqueline Mielke da. **A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência.** 3.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **As Ações Cautelares e o Novo Código de Processo Civil.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 53. Posicionamento em sentido diverso à concepção adotada pelo legislador é também de Daniel Mitidiero, ao entender que a tutela cautelar é uma tutela definitiva do direito, sendo a então chamada “tutela antecipada”, em realidade, uma técnica processual, a partir da qual é possível antecipar tanto a tutela satisfativa quanto a tutela antecipada. Em que pese o autor não acolha a noção de temporariedade da tutela cautelar, seu posicionamento encontra-se em consonância com o de Ovídio Baptista da Silva no que diz respeito à vedação à satisfatividade na tutela cautelar. Nesse sentido: MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017, p. 29.

<sup>14</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op.cit.* 2016, p. 577.

<sup>15</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização).** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 300.

Em relação ao poder geral de cautela - objeto do presente estudo, consubstanciado, em síntese, no poder conferido ao julgador de conceder medidas cautelares não previstas em lei -, cabe destacar, inicialmente, o entendimento por parte da doutrina no sentido de que este agora transmudou-se em um “poder geral de tutela provisória”, dado o teor do artigo 297 e a aproximação dos institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada. Nesse sentido, é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, Elpídio Donizetti, e Teori Zavascki<sup>16</sup> (ainda sob a vigência do CPC/73), bem como de Cassio Scarpinella Bueno,<sup>17</sup> para quem se encontra inserido em tal teor o “dever-poder geral de cautela”, com fins assecuratórios, e o “dever-poder geral de antecipação”, com fins satisfativos.

Em que pese a admissibilidade de tal poder geral de tutela provisória para a doutrina, insta salientar que o presente trabalho visa tão somente à abordagem do chamado poder geral de cautela, bem como sua evolução, e seus limites e extensão a partir das alterações realizadas no Novo Código de Processo Civil.

A fim de adentrar especificamente no tema do poder geral de cautela, cabe, inicialmente, tecer apontamentos quanto aos requisitos da tutela cautelar, a seguir analisados.

## 2.1 DOS REQUISITOS DA TUTELA CAUTELAR

O doutrinador italiano Piero Calamandrei estabelecia como condições do procedimento cautelar a aparência de um direito - a partir de um juízo de probabilidade e de verossimilhança, dada a necessidade de cognição sumária - e o perigo<sup>18</sup> de insatisfação no qual tal direito se encontra, ou seja, o perigo de dano jurídico, o qual decorre do atraso de um

---

<sup>16</sup> Consoante entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, com as alterações conferidas ao art. 273 do CPC/73, pela Lei nº 8.952/1994, houve a generalização do poder de antecipar, criando o “poder geral de antecipação”, para os casos em que, sendo verificada a probabilidade ou a verossimilhança do direito, existir perigo na demora ou emprego de artifícios desleais pelo demandado. DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. *Ajuris*, nº 82. Tomo 1. 2001, p. 282. Nesse sentido, ainda, é o entendimento de Elpídio Donizetti. In: DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 531. Nesse sentido, em sua obra “Antecipação da tutela”, escrita ainda sob a vigência de CPC de 1973, Teori Albino Zavascki já admitia que no poder geral de cautela estavam incluídas tanto medidas cautelares quanto antecipatórias. In: ZAVASCKI, Teori Albino. *Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas Diferentes. Função Constitucional Semelhante*. **Revista de Processo**, n. 82, 1996, p. 60.

<sup>17</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 352.

<sup>18</sup> Como situações de perigo, Calamandrei define aquelas circunstâncias “de fato que, onde o direito subsiste, seriam tais a fazer verdadeiramente temer o dano inerente à satisfação daquele direito.” In: CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Trad.: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 101.

procedimento jurisdicional definitivo, denominado pelo autor como *periculum in mora*.<sup>19</sup> Ademais, entendia o autor que aos critérios da prevenção e da urgência deveria ser acrescido um terceiro requisito: que a fim de remediar de forma tempestiva o perigo de dano que porventura possa atingir o direito, o rito ordinário se revele demasiadamente lento, de forma a comprometer a efetividade do processo.<sup>20</sup>

Sob o aspecto do ordenamento pátrio, em comentários ao CPC/1973, Ovídio Baptista entendia que o perigo necessário ao deferimento da tutela cautelar deveria representar situação de objetividade fática perfeitamente demonstrável, não significando, portanto, o injustificado temor da pessoa que exagere em sua avaliação subjetiva, devendo o magistrado analisar o caso concreto. Todavia, ressalta o autor que ao julgador é facultado deferir a tutela cautelar mesmo quando as provas aptas a ampará-la sejam parcas, situação na qual poderá determinar a prestação de caução.<sup>21</sup>

Sydney Sanches, em 1978, por sua vez, em acolhimento às ideias de Humberto Theodoro Júnior, caracterizava como requisitos da tutela cautelar o interesse na solução eficaz de uma lide e o fundado receio do *periculum in mora*, cujo nascimento deve ser posterior à situação que se pretende acautelar.<sup>22</sup> Por *periculum in mora*, entende ser a probabilidade de dano causado a uma das partes, em decorrência da demora no ajuizamento ou na tramitação de processos, ao passo que o *fumus bonis iuris*, que também seria requisito, na visão do autor, é a probabilidade da existência do direito invocado pelo autor.<sup>23</sup> O *periculum in mora* e o *fumus bonis iuris*, na visão de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, continuam sendo os requisitos da tutela cautelar sob a vigência do Novo Código de Processo Civil.<sup>24</sup>

O Novo Código optou por conferir os mesmos requisitos para a tutela cautelar e para a tutela antecipada, dispostos em seu art. 300<sup>25</sup>, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

---

<sup>19</sup> CALAMANDREI, Piero. *Op.cit.* 2000, p. 33 e 98. Acerca do *periculum in mora*, convém mencionar que Calamandrei o subdividia em duas espécies: perigo de desproveito e perigo na demora do procedimento principal. Nesse sentido: CALAMANDREI, Piero. *Op.cit.* 2000, p. 88-92.

<sup>20</sup> CALAMANDREI, Piero. *Op.cit.* 2000, p. 37.

<sup>21</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op.cit.* 1999, p.71.

<sup>22</sup> SANCHES, Sydney. **O Poder Cautelar Geral do Juiz: no processo civil brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 45-46.

<sup>23</sup> SANCHES, Sydney. *Op.cit.* 1978, p. 43.

<sup>24</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op.cit.* 2015, p. 58.

<sup>25</sup> CPC/2015: Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em: 7 dez 2017.



Na visão de Daniel Amorim Assumpção Neves, o Novo Código, ao estabelecer como requisito “elementos que evidenciem a probabilidade do direito”, conferiu certa margem de liberdade ao Magistrado para decidir acerca das razões de convencimento, prescindindo de provas aptas a amparar tais elementos, mormente nos casos em que verificadas regras de experiência.<sup>26</sup>

Para Fredie Didier Jr., os requisitos da tutela de urgência no Novo Código de Processo Civil são a probabilidade do direito e o perigo na demora - forma de se interpretar, segundo o autor, a terminologia “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”<sup>27</sup>. A probabilidade consiste na plausibilidade de existência do direito, ou seja, uma verossimilhança fática - de maneira a ser visualizada uma “verdade provável sobre os fatos”, independentemente de produção probatória<sup>28</sup> - aliada a uma plausibilidade jurídica – decorrente da verificação de ser provável a subsunção dos fatos à norma invocada.<sup>29</sup> Já o perigo na demora configura-se pela existência de elementos aptos a demonstrar que a demora no oferecimento da tutela jurisdicional representa perigo à efetividade da jurisdição e da eficaz realização do direito. Assim, para o autor, “há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do direito”.<sup>30</sup>

Nesse contexto, o autor aponta a inadequação do novo código, uma vez que o deferimento de tutela de urgência pode prescindir a necessidade de risco de dano (como no caso do art. 497, parágrafo único, do CPC), assim como não serve para resguardar o “resultado útil do processo”, mas sim o próprio direito material. Nos casos em que verificado o perigo de dano, entende o autor que este deve ser atual, concreto, grave, irreparável ou de difícil reparação.<sup>31</sup>

Em sua obra “Antecipação da tutela”, Daniel Mitidiero, em apoio às ideias de Michele Taruffo, realiza crítica à doutrina de Calamandrei – de certa forma, acolhida pela legislação processual civil brasileira -, porquanto este toma os conceitos de probabilidade e de verossimilhança como sinônimos, ao entender que aquela diz respeito à correspondência de

<sup>26</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 9.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 502-503.

<sup>27</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 734.

<sup>28</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op.cit.* 2016, p. 608.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 609.

<sup>30</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 734

<sup>31</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op.cit.* 2016, p. 610.

determinada proposição com a realidade, com o que de fato ocorreu em determinado caso, ao passo que esta guarda relação com aquilo que normalmente ocorre em casos análogos.<sup>32</sup>

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, por probabilidade do direito deve-se entender a necessidade de o requerente da tutela cautelar ou antecipada convencer o julgador de que a tutela final provavelmente será concedida, devendo-se, para tanto, tomar em conta as provas, presunções, e regras de experiência. O perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, por sua vez, deve estar fundado em elementos objetivos, que possam ser expostos de modo racional, “e não em meras conjecturas de ordem subjetiva”<sup>33</sup>, de forma a evidenciar a existência de circunstâncias indicadoras de situação de perigo capaz de fazer surgir dano ou ilícito quando da tramitação do processo.

No entendimento de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, a tutela de urgência tem ênfase no afastamento do *periculum in mora*, de forma a evitar um prejuízo grave ou irreparável enquanto o processo tramita. Assim, o autor mantém a referência aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, constantes do CPC/73, invocando a existência de regramento que denomina de “regra da gangorra” no sentido de que, quanto maior o *periculum* evidenciado, menor o *fumus* a ser exigido para a concessão da tutela de urgência pretendida, a qual considera ficar ainda mais evidente com a aproximação das tutelas cautelares e antecipada.

## 2.2 TUTELA CAUTELAR: INSTRUMENTO DO PROCESSO OU DIREITO SUBJETIVO DA PARTE?

De bom alvitre sejam analisadas, antes de adentrar propriamente no poder geral de cautela, as correntes ideológicas relativas ao conceito de tutela cautelar, a fim de buscar adequação conceitual que melhor ampare as limitações e extensões do objeto do presente trabalho, que serão posteriormente analisadas.

Para tanto, no item 2.2.1, será analisada a tutela cautelar a partir da noção de instrumento do processo, ao passo que, no item 2.2.2, está será observada a partir da noção de direito material à cautela. Por derradeiro, será constatado qual dos dois posicionamentos foi adotado pelo Novo Código de Processo Civil, bem como aquele defendido no presente trabalho.

<sup>32</sup>MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017, p. 116.

<sup>33</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil – Artigos 294 ao 333. v. IV. IN: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir); ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.); MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, fl. 152.

### 2.2.1 Tutela cautelar como forma de resguardo do processo

A concepção de tutela cautelar como direito do Estado advém da obra de Chiovenda, de forma que, na sua visão, a cautelar foi criada para a preservação da utilidade e da adequação da atividade jurisdicional, incumbindo à parte tão somente a faculdade de provocar o seu exercício. O autor propôs, ainda, a autonomização da cautelar, a qual anteriormente estava atrelada à execução forçada.<sup>34</sup>

Nesse sentido, Francesco Carnelutti afirmava, inicialmente, que o processo cautelar constitui uma cautela para o bom final de outro processo, denominado processo definitivo<sup>35</sup>, razão pela qual era desprovido de autonomia, uma vez que sempre pressupõe a existência de um processo principal. Assim, o autor sustentava que tal tutela poderia ser deferida no curso do processo, de forma que poderia configurar em um ato do processo definitivo, ou poderia ocorrer em um “processo inteiro”, seja ele cognitivo ou executivo, o qual seria determinado à constituição de uma cautela, atuando “em relação ao bom fim do processo definitivo”.<sup>36</sup>

Entendia Carnelutti, em suas obras iniciais, que a tutela cautelar não se configurava como um *tertium genus*, ao lado dos processos de conhecimento e de execução, mas sim em uma variedade de ambos, porquanto poderia haver ação cognitiva ou executiva cautelar, a qual se diferia da ação cognitiva ou executiva definitiva<sup>37</sup>, ao passo que, posteriormente, verificou na cautelar um processo com escopos e características particulares, sendo que tal teoria também encontrou amparo nas obras de Enrico Tulio Liebman e Chiovenda.

Francesco Carnelutti classificava o processo cautelar quanto aos seus fins, e não quanto a seus meios, de modo que poderia ser instrumental – quando visasse à garantia dos meios do processo definitivo, como o então sequestro conservativo – ou final, quando servisse para a garantia da praticidade do processo definitivo, como o caso de sequestro judicial destinado à conservação da disponibilidade do bem objeto da controvérsia da demanda principal.<sup>38</sup>

Já para Chiovenda, adepto à doutrina concretista, a ação era entendida como um direito potestativo, de modo que a existência de direito material concederia ao seu titular o poder de exigir a declaração e satisfação da vontade concreta da lei. Portanto, o traço distintivo das cautelares residiria no fato de estas serem anteriores à declaração da vontade da

<sup>34</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017, pp. 36-38.

<sup>35</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Trad.: Adriana Sotero de Witt Batista. Vol. I. Campinas: Servanda, 1999, p. 134.

<sup>36</sup> Idem, p. 135.

<sup>37</sup> Idem, p. 377.

<sup>38</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Op.cit.* 1999, pp. 136-137.

lei no caso concreto. Ainda assim, na visão de tal autor, a cautelar seria um direito potestativo do Estado, e não dos jurisdicionados.<sup>39</sup>

Calamandrei, doutrinador italiano de forte influência no processo civil brasileiro no que respeita às cautelares, em sua obra “Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares” entendeu ser o caráter diferencial da tutela cautelar a sua provisoriedade – em oposição à temporariedade - que se caracteriza pelos eventos que não duram para sempre, independentemente da superveniência de outro evento. Desse modo, na tutela cautelar, há a limitação na duração de seus efeitos “àquele período de tempo que deverá transcorrer entre o emanar do procedimento cautelar e a promulgação de outro procedimento jurisdicional”<sup>40</sup> definitivo, o qual geraria a cessação dos efeitos da tutela primeira. O doutrinador afirmava ser o procedimento sumário provisório em sua formação, ao passo que o procedimento cautelar seria provisório na sua finalidade.<sup>41</sup>

É de se ressaltar que o auge da teoria adotada por Calamandrei – a qual não considerou as cautelares como *tertium genus*, pois, na sua concepção, não haveria como colocá-la em contraposição ao processo de conhecimento e de execução - reside na noção da instrumentalidade como caráter típico das tutelas cautelares, porquanto estas não constituem fins em si próprias, estando dispostas à emanação de um ulterior procedimento definitivo, do qual visam a resguardar o proveito prático,<sup>42</sup> de modo a garantir o adequado funcionamento da atividade jurisdicional.<sup>43</sup>

Calmon de Passos não desconhece a existência de pretensão à segurança, referindo, do mesmo modo, que a tutela cautelar não resguarda o bem da vida a ser alcançado a alguém, mas sim a própria tutela jurisdicional, que se encontra em perigo de frustração de sua efetividade. Contudo, para o autor, “o processo cautelar é processo a serviço do processo, não processo a serviço do direito material”.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup>SCARPARO, Eduardo. A Supressão do Processo Cautelar como *Tertium Genus* no Código de Processo Civil de 2015. In: BOECKEL, Fabrício Dani; ROSA, Karin Regina; SCARPARO, Eduardo. **Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 112-113.

<sup>40</sup>CALAMANDREI, Piero. *Op.cit.* 2000, p. 27.

<sup>41</sup>Idem, p. 33.

<sup>42</sup>Idem, p. 41.

<sup>43</sup> Nesse sentido, cabe mencionar a célebre frase de Calamandrei a respeito do tema, frequentemente citada nos livros de doutrina: “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.” In: CALAMANDREI, Piero. *Op.cit.* 2000, p. 42.

<sup>44</sup>PASSOS, J. J. Calmon de. *Op.cit.* 1984, p. 46.

Humberto Theodoro Júnior, ao traçar parâmetro distintivo entre a tutela cautelar e a tutela preventiva, refere que as cautelares não têm o objetivo de proteger o direito da parte, mas sim de garantir a eficácia e utilidade do processo principal, em situação de perigo ou risco, caso a parte que pleiteou a tutela venha a sair vitoriosa.<sup>45</sup>

Importante, ainda, destacar a crítica de Ovídio Baptista à noção de justa composição da lide feita por Francesco Carnelutti, a qual, de certo modo, buscou suprimir da doutrina qualquer modalidade de tutela provisória fundada na plausibilidade do direito, na medida em que a composição provisória da lide, em tal contexto, não poderia ser concebida como uma composição verdadeira, na visão do doutrinador gaúcho.

Todavia, tanto Ovídio Araújo quanto Rennan Faria Thamay e Vinícius Ferreira de Andrade apontam que a concepção de Calamandrei da tutela cautelar como uma guardiã da atividade judicante, de forma semelhante ao *Contempt of Court*, tem raízes ideológicas relacionadas ao contexto em que foi estabelecida. Assim, ao relacionar tal teoria a um viés de Estado autoritário, Ovídio Baptista propõe teoria em sentido oposto, a qual por ora passa a ser analisada.

### 2.2.2 Direito material à cautela

Em contraposição à noção da tutela cautelar como instrumento de resguardo do processo, de titularidade do Estado, surgiram posicionamentos relacionados à noção de direito substancial da cautela, ao entender que a visão clássica da tutela cautelar era baseada em um contexto histórico relacionado ao fascismo italiano.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder Geral de Cautela no Direito Processual Civil. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, **via RT online** v. 5, p. 1027-1047, 2011, p. 5. No mesmo sentido, em análise ao Novo Código de Processo Civil, Gustavo Filipe Garcia concebe a tutela cautelar como àquela voltada a uma tutela definitiva, não sendo um fim em si mesmo, mas uma forma de resguardo do processo principal, acolhendo, então, a sua denominação como instrumento do instrumento In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. Principais modificações.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 105. Tal posicionamento encontra amparo em Ester Rezende, ao afirmar que as medidas cautelares, tratando-se de medidas conservativas, servem diretamente ao processo, e não ao direito processual, ao passo que a tutela antecipada, de caráter satisfativo, atende ao direito material. In: REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Tutela Provisória. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). **Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 190 e 196. Ressalte-se que ambos os autores mantêm tal posicionamento na vigência do CPC/2015.

<sup>46</sup> Nesse sentido: 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. In: THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. *Op.cit.* 2016. p. 221.

Ademais, a noção clássica de tutela cautelar, concebida como um instrumento do Estado, acabava por privilegiar a cognição exauriente, o que, na visão de Angela Araujo Espindola e Jania Lopes Saldanha, era fruto da idealização de um juiz passivo, tal como a concepção francesa do “*bouche de la loi*”

Como bem complementam as autoras, a concepção do direito processual tomado como instrumento jurídico puramente formal “mostra-se absolutamente incompatível com a necessidade que se tem de o direito processual atender aos desígnios do direito material, mantendo-se sempre atento à realidade social, superando os ‘conceito-em-si-mesmos’ dos textos normativos.”<sup>47</sup>

Ovídio Baptista, em sua obra “Do processo cautelar” realizou forte crítica em relação à doutrina clássica, ao afirmar que em tais sistemas, em que predomina a busca da segurança, há “total menosprezo pela ‘efetividade dos direitos subjetivos’, que evidentemente não se concilia com a morosidade do procedimento ordinário.”<sup>48</sup> Para o autor, a tutela cautelar, ao contrário da forma como a doutrina majoritária a concebia, deveria ser caracterizada como uma modalidade especial de proteção jurisdicional, baseada na simples segurança, de modo semelhante a uma tutela preventiva e não satisfativa.<sup>49</sup>

Ademais, referiu o autor a noção de que a essência cautelar de determinado provimento não decorre de sua função instrumental, mas sim de sua peculiar estrutura, em acolhimento às ideias de Calvosa,<sup>50</sup> e pela qualidade interna de seus efeitos. Ainda, realizou crítica quanto à consideração da tutela cautelar como provisória, ao argumentar que além de tal característica não se mostrar apta a caracterizá-la e defini-la, ainda que o fosse, também não seria uma nota exclusiva dessa modalidade de tutela.<sup>51</sup>

Ovídio Baptista também refutou a noção de Chiovenda de que a tutela cautelar seria justificada pelo perigo de retardamento da prestação jurisdicional, ao entender que o simples perigo, no sentido da possibilidade de uma perda ou privação de interesse juridicamente relevante, decorrente de qualquer modificação no mundo exterior, seja por fato do homem ou por fato natural, seria apto a justificar o deferimento de tutela cautelar, contanto esse perigo

---

<sup>47</sup>ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SALDANHA, Jania Maria Lopes. A Construção das Tutelas Preventivas no Direito Processual Civil Brasileiro: uma Alternativa Possível para os (Des)caminhos da Jurisdição. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 73-76.

<sup>48</sup>SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op.cit.* 1999, p. 33.

<sup>49</sup>Idem, p. 1.

<sup>50</sup>Idem, p. 51.

<sup>51</sup>SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op.cit.* 1976, p. 19. Nesse sentido, é de se ressaltar que, conquanto Calamandrei considere a provisoriedade uma característica da tutela cautelar, o autor deixa claro que tal característica não é exclusiva dos procedimentos cautelares. Nesse sentido, ver: CALAMANDREI, Piero. *Op.cit.* 2000, p. 27.

seja atual, não se tratando, ainda, de mera probabilidade de dano, mas sim de real possibilidade de sua ocorrência.<sup>52</sup>

Assim, o autor sustentou a existência de um “direito substancial de cautela” que seria o verdadeiro fundamento da pretensão à segurança, o qual advém do Estado de Direito, sendo a sua extensão variável segundo diversas contingências e fatores históricos, sociais e políticos. Na concepção do autor, a não aceitação de tal visão é “um antigo vezo de conceberem a função jurisdicional invariavelmente como produtora de coisa julgada”.<sup>53</sup> Todavia, sustentava o doutrinador que a situação de probabilidade do direito a qual se assegura prolongava-se mesmo após o julgamento de forma definitiva do processo cautelar, sendo incabível o afastamento de tal concepção tão somente em razão da impossibilidade de formação de coisa julgada.

Desse modo, na visão estabelecida, o direito substancial de cautela seria um pressuposto capaz de conferir legitimidade à concessão de outorga assecuratória, o qual, todavia, “não encontrará, jamais, ambiente para se ver declarado existente na demanda cautelar, permanecendo, mesmo depois da sentença final de procedência, como uma simples hipótese, uma simples possibilidade de existência efetiva”<sup>54</sup>, razão pela qual não haveria sentença com força de coisa julgada.<sup>55</sup>

Ovídio Baptista da Silva alçou a “situação cautelanda” como um pressuposto do conceito de cautelar, a qual consistia, em sua visão, em uma situação “objetivamente identificável como um direito subjetivo, uma pretensão, ou ação, ou mesmo uma eventual exceção da parte que o postula”, a qual deve ser caracterizada como um interesse juridicamente protegido.

De forma bastante contundente, realizou, ainda, crítica à doutrina majoritária, a qual refutou de forma também veemente as doutrinas propostas por Wach e Allorio acerca da existência de direito material à segurança, ao afirmar que a maioria de tais escritos

---

<sup>52</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op.cit.* 1976, p. 29.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 66.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> Em situação oposta, é o entendimento de Sydney Sanches, no sentido de que, conquanto a sentença que concede tutela cautelar não faça coisa julgada, a sentença que nega ou declara ineficaz sentença cautelar produz coisa julgada formal, porquanto são imutáveis os seus efeitos. In: SANCHES, Sydney. *Op.cit.* 1978, p. 79. Todavia, desde que haja a superveniência dos requisitos, a tutela pode ser deferida futuramente, ainda que tenha sido preteritamente denegada.

clássicos “sugere que estes dois escritores hajam amaldiçoado o tema, de modo que a simples alusão a essa suposta origem espúria de tal ponto de vista bastasse para condená-lo, definitivamente, à rejeição pura e simples.”<sup>56</sup>

Na visão de tal autor, discordar da teoria de Wach simplesmente pelo fato de ser partidário da teoria concretista (a qual concebia o direito de ação como direito concreto à tutela jurídica) deveria significar o afastamento das ideias de Chiovenda e Calamandrei, tão concretistas quanto o autor referido.

Assim, Ovídio Araújo Baptista da Silva entendia que a controvérsia não residia na existência ou não de um direito subjetivo à cautela, mas sim se a função cautelar teria idoneidade para atendê-lo<sup>57</sup>.

Em que pese Leonardo Ferres da Silva Ribeiro entenda que “a cautelar não possui um fim em si mesmo, devendo servir de instrumento para a garantia de outro processo, dito principal”<sup>58</sup>, refere que tal fato não significa que esteja totalmente dissociada do direito material, que, de certo modo, igualmente visa à proteção.<sup>59</sup> Nesse sentido, refere, ainda, ser evidente a relação que o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* guardam com o direito material, e não com a relação processual considerada de modo isolado.

De modo semelhante, é o posicionamento de Daniel Mitidiero, ao sustentar que o direito ao provimento cautelar está relacionado a uma posição jurídica de direito material, não se tratando, pois, de uma atividade de polícia judiciária, porquanto está diretamente relacionada ao direito material,<sup>60</sup> de forma que a tutela cautelar é uma forma de segurança ao direito. Como bem sinala o autor, tanto a tutela cautelar quanto as demais formas de tutela devem ser pensadas a partir do direito material, especificamente, sob o enfoque da tutela dos direitos.<sup>61</sup>

Do mesmo modo, é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

A doutrina clássica entende que a tutela cautelar não é um direito da parte, mas sim um direito do Estado imprescindível para que a jurisdição garanta a seriedade e a utilidade da sua função<sup>62</sup>. Esta concepção, além de baseada numa visão autoritária de Estado, é fundada na ideia de que a parte apenas tem direito de obter tutela jurisdicional ao final do processo. O equívoco é facilmente constatável, não apenas

<sup>56</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op.cit.* 1999, p. 64.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 63.

<sup>58</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, p. 101.

<sup>59</sup> *Idem*, p. 130.

<sup>60</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017, p. 48.

<sup>61</sup> *Idem*, pp. 62-63.

<sup>62</sup> Nesse sentido, ver: CALAMANDREI, Piero. *Op.cit.* 2000, p. 209.



porque nada impede a tutela do direito material no curso do processo, mas também porque, caso a tutela cautelar fosse direito do Estado, ela não teria sido entregue nas mãos do litigante.

A tutela cautelar é direito da parte, correlacionado com o próprio direito à tutela do direito. Em razão desse direito, a jurisdição tem o dever de dar tutela cautelar à parte que tem o seu direito à tutela do direito submetido a perigo de dano.<sup>63</sup>

Cabe destacar que, na visão de tais autores, o direito subjetivo<sup>64</sup> à cautela não decorre do direito de ação, guardando relação, todavia, com as técnicas processuais derivadas do direito de ação, dentre as quais se inclui o direito à utilização de técnica idônea apta a viabilizar a obtenção da tutela cautelar. Assim, sob tal aspecto, “há direito à técnica processual quando há, em abstrato, direito à tutela do direito material” de forma que “o direito de ação impõe o dever legislativo de instituição e técnica processual capaz de permitir a obtenção de tutela cautelar exatamente porque há direito material à tutela cautelar.”<sup>65</sup>

Sob esse ponto de vista, a tutela cautelar não possui como intuito a efetividade do processo, não podendo ser relegada à função de mera técnica processual, sendo, em tal visão, situada no plano do direito material.

Ao refutar a instrumentalidade da tutela cautelar, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart aduzem:

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. Aliás, caso a tutela cautelar fosse considerada instrumento do processo, ela somente poderia ser instrumento do processo que, ao final, concede a tutela do direito material. Isto, na verdade, é compreensível, pois o elaborador da teoria da instrumentalidade ao quadrado da tutela cautelar, isto é, da teoria segundo a qual a tutela cautelar é instrumento do processo – que já teria a natureza de instrumento do direito material -, é um dos mais célebres defensores da teoria concreta do direito de ação. Ora, quem entende que a ação depende da tutela do direito material pode confundir, com facilidade, tutela destinada a assegurar a tutela do direito material com tutela do processo.<sup>66</sup>

Na visão de tais autores, a tutela cautelar visa a assegurar a tutela de um direito violado ou de uma situação jurídica tutelável.

Ademais, na obra “Tutela de Urgência e Tutela da Evidência”, Luiz Guilherme Marinoni refere a imposição, pelo direito de ação, do dever legislativo de criação de técnica processual capaz de permitir a obtenção de tutela cautelar justamente porque há direito

<sup>63</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 30.

<sup>64</sup> Consoante definição de Victor A. A. Bomfim Martins, o direito subjetivo expressa uma posição de vantagem conferida pelo ordenamento jurídico atendendo a determinado interesse do sujeito de direito.” In: MARTINS, Victor A. A. Bomfim. **Tutela Cautelar: Teoria Geral e Poder Geral de Cautela.** Curitiba: Juruá, 1996, p. 39.

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 30.

<sup>66</sup> Idem, p. 31.

material à tutela cautelar, de modo que a tutela cautelar somente pode ser instrumento para assegurar a viabilidade da tutela do direito ou garantir uma situação jurídica tutelável, não se reduzindo à condição de instrumento do instrumento.<sup>67</sup>

Galeno Lacerda, em comentários ao CPC de 1973, afirmava que o processo cautelar tinha como escopo a garantia dos interesses<sup>68</sup>, ao entender que a ideia de segurança era vinculada ao exercício de todo e qualquer direito subjetivo, seja ele material ou processual,<sup>69</sup> o que, de certo modo, parece aproximar-se da visão material do conceito de tutela cautelar. Todavia, o autor entendia que a visão de Ovídio Baptista era procedente em parte, na medida em que sustentava ser evidente a atuação da parte requerente da tutela em razão de um interesse, o que não significaria que o direito subjetivo, de fato, existisse. Assim, Galeno Lacerda considerava sempre presente a existência de interesse meramente processual, ao lado do qual, contudo, poderia existir interesse material – que não era presente em todas as seguranças, como nos casos das antecipações de provas, consideradas, à época, medidas cautelares típicas.<sup>70</sup>

Sydney Sanches, em sua obra “O Poder Cautelar Geral do Juiz”, descreve o provimento cautelar como “a resposta do Estado-Juiz ao pedido de prestação formulado em ação, processo e procedimento cautelares e tendente a assegurar provável direito da parte, enquanto não é definitivamente reconhecido ou satisfeito.”<sup>71</sup>

Feitas as distinções entre as duas teorias antagônicas, cabe verificar qual o modelo normativo foi adotado pelo legislador no Novo Código.

### **2.2.3 Alterações da tutela cautelar no Novo Código de Processo Civil e a posição doutrinária acolhida pelo NCPC.**

O Código de Processo Civil de 2015 optou por manter a tradição do CPC anterior, ligada à teoria clássica de Calamandrei, no sentido da instrumentalidade do processo cautelar, bem como de seu caráter provisório.

Segundo Jaqueline Mielke da Silva<sup>72</sup>, a manutenção de tal posicionamento pode ser verificada a partir do teor dos arts. 294<sup>73</sup>, 296<sup>74</sup> e 299<sup>75</sup> do Novo Código, na medida em que o

<sup>67</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2017, p. 77.

<sup>68</sup> LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VIII, Tomo I (Arts. 796 a 812). 8.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 25.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 2

<sup>71</sup> SANCHES, Sydney. *Op.cit.* 1978, p. 2.

<sup>72</sup> SILVA, Jaqueline Mielke da. *Op.cit.* 2017, p. 31.

primeiro artigo insere a tutela cautelar no âmbito das tutelas provisórias, ao passo que os demais artigos se referem à sua vinculação e dependência em relação ao pedido principal.

Há que se destacar, contudo, que o teor do artigo 300 do CPC/2015<sup>76</sup> parece ser ainda mais claro quanto à doutrina adotada pelo legislador, na medida em que elenca como um dos requisitos da tutela de urgência o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Ademais, há autores, como Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini que, à luz do NCPC, consideram servir a tutela cautelar ao processo principal, que, por sua vez, serve ao direito material.<sup>77</sup>

Contudo, o art. 301, ao dispor sobre o poder geral de cautela, refere-se, em contraposição, a “qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”,<sup>78</sup> o que parece invocar a noção de direito substancial à cautela.

Em que pese a doutrinadora Jaqueline Mielke entenda pelo acolhimento da visão clássica da tutela cautelar, entende que não foi realizada a melhor escolha, ao suscitar que “tivemos a oportunidade de evoluir, e mais uma vez houve a reprodução do ‘velho’ modelo que contempla a instrumentalidade da lide cautelar.”<sup>79</sup> Ainda, a autora, no artigo “Tutela de Urgência e Pós-Modernidade: A inadequação dos Mecanismos Atualmente Positivados à Realidade Social”, refere não se tratar a tutela cautelar de mera ação, mas sim de medida capaz de resguardar não apenas outro processo, mas também uma situação real e concreta que deve estar gerando ou se encontra na iminência de gerar prejuízos a uma parte.<sup>80</sup>

<sup>73</sup>CPC/2015. Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Citar código. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em 1 dez de 2017.

<sup>74</sup>CPC/2015. Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em 1 dez 2017.

<sup>75</sup>CPC/2015. Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em 1 dez 2017.

<sup>76</sup>CPC/2015. Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 7 dez 2017.

<sup>77</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op.cit.* 2015, p. 62.

<sup>78</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 7 dez 2017.

<sup>79</sup> SILVA, Jaqueline Mielke da. *Op.cit.* 2017, p. 130.

<sup>80</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. Tutela de Urgência e Pós-Modernidade: A inadequação dos Mecanismos Atualmente Positivados à Realidade Social. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 704.

A partir de tal contexto delineado, interessante o posicionamento exposto por Fabrício Dani de Boeckel, ao referir que as alterações trazidas pelo Novo Código, de certo modo, acabaram por abalar a zona de conforto até então estabelecida pela doutrina, que em muitos aspectos, interpretou o texto da lei de modo tão reiterado, que passou a crer que tal entendimento seria o único correto. Complementa o autor, nesse sentido:

A situação anterior, de conforto e tranquilidade pela consolidação de entendimentos no plano processual, aos poucos se transforma em inquietação e mais adiante até mesmo em revolta, especialmente quando se percebe que determinados posicionamentos se mantêm com amparo em ideias já ultrapassadas, não mais compatíveis com o mundo atual.<sup>81</sup>

Consoante bem delineado por Rennan Faria Krüger Thamay e Vinícius Ferreira de Andrade, a leitura sistemática do Novo Código de Processo Civil, considerando seus dispositivos, especialmente aqueles constantes do capítulo inicial, bem como sua interpretação a partir dos princípios constitucionais, demonstra a incompatibilidade da adoção da noção clássica de tutela cautelar com os princípios norteadores do ordenamento brasileiro. Nesse sentido, convém citar o seguinte excerto:

A atual estrutura das cautelares, em nominadas e inominadas, a qual privilegiou o poder geral de cautela, está mais voltada para a qualidade interna de seus efeitos. A visão do código mais voltada à tutela do processo “não é compatível com a feição processual da tutela dos direitos fundamentais e visão cooperativa verificada no CPC/15.”<sup>82</sup>

A respeito da necessidade de adoção de uma visão única do ordenamento jurídico, adequada a afirmação de Humberto Theodoro Júnior, no sentido de que somente tal visão unitária é capaz de conferir a cada ramo do direito seu exato alcance, traçado pela Lei Maior, de modo que, somente com o rompimento “do círculo estreito do dogmatismo processual” e com o diálogo entre normas infraconstitucionais e constitucionais se “transforma o processo, de simples instrumento da justiça, em garantia da liberdade.”<sup>83</sup>

Ademais, consoante bem delineado por Luiz Guilherme Marinoni, “no Estado Constitucional, pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material é o mesmo que lhe negar qualquer valor.”<sup>84</sup>

<sup>81</sup> BOECKEL, Fabrício Dani de. Diretrizes Gerais no Novo Código de Processo Civil. In: BOECKEL, Fabrício Dani; ROSA, Karin Regina; SCARPARO, Eduardo. **Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 11-12.

<sup>82</sup> THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. *Op.cit.* 2016, p. 228.

<sup>83</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op.cit.* 2011, p. 9.

<sup>84</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais,

A partir de tais considerações, não há mais como sustentar a visão clássica da tutela cautelar como destinada tão somente a servir os interesses de resguardo da atividade jurisdicional, monopólio do Estado, a qual, no contexto atual, deve também servir para a proteção do direito material do qual se almeja ao reconhecimento a partir do processo.

Tal fato não se deve tão somente em razão do contexto autoritário em que tal visão de tutela cautelar foi construída, mas também em decorrência da necessidade de uma leitura sistemática do novo código, que leve em consideração não somente as suas disposições, mas também o texto constitucional, como adequadamente preceitua o próprio Código Civil de 2015, em seu art. 1º, ao dispor: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”<sup>85</sup>

Em leitura atenta aos primeiros artigos constantes do Novo Código, verifica-se a instituição de uma visão cooperativa do processo, a fim de que se obtenha decisão de mérito justa e efetiva<sup>86</sup>, devendo o julgador, para tanto, atender – observe-se que a utilização da expressão “atenderá” revela a imperatividade de tal norma – “aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”<sup>87</sup>

A concepção da cautelar reduzida a instrumento do processo, destinada ao resguardo da atividade do Estado, não se coaduna com a visão cooperativista buscada pelo novo código. Importante destacar que a colaboração, no âmbito do processo civil, não é direcionada tão somente às partes, mas também ao próprio juiz. Ademais, a noção de processo como consecução de fins sociais e exigências do bem comum – o que, evidentemente, não se restringe à noção de interesse público –, requer que, quando da concessão da tutela cautelar, sejam analisados não somente o interesse em resguardo da atividade judicante, mas também de potencial direito a ser reconhecido pelo requerente, e eventuais prejuízos que possam ser causados à contraparte, devendo ser sopesados tais critérios, e a partir destes, haver o

---

2017, p. 22.

<sup>85</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 8 dez 2017.

<sup>86</sup> Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 8 dez 2017.

<sup>87</sup> Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 8 dez 2017.

estabelecimento de limites e extensões aos poderes conferidos pelo magistrado quando da apreciação do pleito cautelar.

Com isso, não se está a negar a função da cautelar como meio de assegurar o resultado útil do processo, mas tão somente busca-se ampliar a visão acerca de tal tutela, tão importante para a efetividade processual, de modo que nesta, portanto, deve ser reconhecida a existência de direito material à cautela, consoante adequadamente delineado pela teoria de Ovídio Baptista da Silva.

### 3 DO PODER GERAL DE CAUTELA

Realizada breve contextualização acerca alterações do Novo Código de Processo Civil quanto à tutela de urgência, cabe estabelecer a definição do denominado poder geral de cautela, objeto do presente trabalho, bem como verificar a evolução em seu tratamento pelo ordenamento brasileiro.

#### 3.1 EVOLUÇÃO E DEFINIÇÃO<sup>88</sup>

No entender de Teori Albino Zavascki, o poder conferido ao julgador de conceder tutela cautelar não prevista no texto legal tem sua fonte de legitimidade, bem como o seu âmbito de eficácia, delineados a partir da Constituição, embora tenha sido, de certo modo, inspirado no direito processual civil italiano.<sup>89</sup>

Nesse contexto, calha mencionar o entendimento de Márcio Louzada Carpena, no sentido de que o poder geral de cautela decorre da necessidade que possui o Estado de criar mecanismos a fim de resguardar a eficácia de seu monopólio da função jurisdicional.<sup>90</sup>

O poder geral de cautela surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o Código de Processo Civil de 1939, o qual o estabelecia nos seguintes termos:

Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:  
 I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;  
 II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes;  
 III – quando, no processo, a uma das partes fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.<sup>91</sup>

Pode-se verificar que, em sua gênese na ordem jurídica brasileira, o poder geral de cautela, nasceu bastante restrito, sendo aplicável, de forma tímida pela jurisprudência.

---

<sup>88</sup> Em que pese tal posicionamento não encontre amparo na jurisprudência, Márcio Louzada Carpena distingue o poder geral de cautela, que deriva da provocação do juízo por uma das partes, do “poder cautelar genérico”, que teria origem *ex officio*, face à prolação de decisão incidental no processo principal, em casos excepcionais. Assim o poder cautelar genérico seria manifestado “pelo mero despacho do julgador incidentalmente à lide já proposta, para bem de resguardar ou prevenir a jurisdição”, tratando-se de um poder geral de polícia a favor da segurança do resultado eficaz dentro do processo principal. In: CARPENNA, Márcio Louzada. **Do Processo Cautelar Moderno**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 180-183.

<sup>89</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Op.cit.* 1996, p. 60.

<sup>90</sup> CARPENNA, Márcio Louzada. *Op.cit.* 2005, p. 166.

<sup>91</sup> BRASIL. Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm)>. Acesso em: 28 out 2017.

O Código de Processo Civil de 1973, no Capítulo II de seu Livro III estabeleceu os “Procedimentos Cautelares Específicos”, também denominadas de cautelares típicas ou nominadas, havendo a pormenorização de alguns de seus requisitos e de suas características. As medidas referidas na legislação anterior consistiam: no arresto (arts. 813 a 821), no sequestro (art. 822 a 825), na caução (arts. 826 a 838), na busca e apreensão (arts. 839 a 843), na exibição (arts. 844 e 845), na produção antecipada de provas (arts. 846 a 851), nos alimentos provisionais (arts. 852 a 854), no arrolamento de bens (arts. 855 a 860), na justificação (arts. 861 a 866), nos protestos, notificações e interpelações (arts. 867 a 873), na homologação de penhor legal (arts. 874 a 876), na posse em nome de nascituro (arts. 877 e 878), no atentado (art. 879 a 881), no protesto e na apreensão de títulos (arts. 882 a 887), bem como em outras medidas elencadas nos incisos I a VIII do art. 888.

Sob a vigência do CPC de 1973, o poder geral de cautela ganhou amplitude, embora houvesse a previsão bastante detalhada das cautelares nominadas, recebendo o art. 798<sup>92</sup> a seguinte redação: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide<sup>93</sup>, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

Verifica-se, conforme o teor do artigo supracitado, o caráter de subsidiariedade<sup>94</sup> que as cautelares atípicas possuíam em relação aos procedimentos específicos em lei, as quais somente eram utilizadas quando não era cabível a utilização de cautelar nominada, ou não restavam preenchidos os seus requisitos.

Acerca da conceituação de tal poder, insta salientar que Galeno Lacerda o concebia como uma “autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do *imperium*, decretava os *interdicta*.”<sup>95</sup> O autor descrevia este poder como a mais importante faculdade conferida ao magistrado, uma vez que para utilizá-lo necessitava de sua compreensão viva e de um conhecimento profundo do direito e da jurisprudência.

<sup>92</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 28 out 2017

<sup>93</sup> Controvertia a doutrina se esse poder geral de cautela poderia ser aplicável durante a execução, uma vez que aí não existia uma lide propriamente dita. De forma adequada, entende Sydney Sanches que o poder geral de cautela também atua quando da fase de execução ou cumprimento de sentença. Nesse sentido: SANCHES, Sydney. *Op.cit.* 1978, p. 105.

<sup>94</sup> Nesse sentido: “Nessas circunstâncias, deverá o juiz formular, de acordo com o caso concreto, “a solução mais adequada a manter vivos e concretamente eficazes os dois direitos fundamentais” [efetividade e segurança], de modo que a via do poder geral de cautela somente será legítima na inexistência ou insuficiência de texto legal capaz de tutelar o caso em comento. ZAVASCKI, Teori Albino. *Op.cit.* 1996, pp. 69-70. Na mesma linha de pensamento, ainda: MARTINS, Victor A. A. Bomfim. *Op.cit.* 1996, p. 228.

<sup>95</sup> LACERDA, Galeno. *Op.cit.* 1999, p. 95.



Para Flávio Cheim Jorge, o poder geral de cautela consiste na possibilidade de o juiz determinar medidas cautelares que julgar adequadas à proteção do direito da parte, além das expressamente previstas na lei.<sup>96</sup>

Calamandrei conceitua o poder geral de cautela como potestade conferida ao julgador para que, nos casos em que se verifique “a possibilidade de um dano que deriva do atraso de um procedimento principal, providenciar de modo preventivo a eliminar o perigo naquelas formas e com aqueles meios que se considere oportunos e apropriados ao caso.”<sup>97</sup> Em sua obra *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*, ao analisar a legislação italiana contemporânea à época da obra, o autor realizou contundente crítica à ampliação do poder do juiz, ao afirmar que, sempre que possível, a invasão ou a diminuição da esfera jurídica do requerido deve ser feita através de regular cognição completa e definitiva, de forma que todos os procedimentos cautelares deveriam ser considerados excepcionais, não sendo, portanto, suficiente o interesse para a consideração pela admissibilidade de cautelares ignoradas pelo doutrinador, assim como não entendia cabível a utilização das cautelares nominadas nos casos para os quais o direito não as prevê.<sup>98</sup>

Contudo, em suas conclusões da obra referida, ao estabelecer alguns pontos necessários para a reforma no código de processo civil italiano, o autor apontou “a falta, *in iure condito*, de um poder cautelar geral, que permita ao juiz, em caso de perigo pelo atraso, estabelecer, a cada vez, excetuando-se os meios adequados pré-constituídos, as medidas asseguradoras que melhor correspondam às exigências do caso concreto.”<sup>99</sup>

Sydney Sanches refere a distinção entre poder cautelar especial, relativo ao deferimento de medidas típicas, e poder cautelar geral, concernente ao poder de deferir medidas atípicas ou inominadas.<sup>100</sup>

Para Victor Bomfim Martins, o poder geral de cautela trata-se, na realidade, de um dever Estatal de garantia da idoneidade da atividade jurisdicional, de forma que ao juiz é conferido o poder de avaliar as circunstâncias da causa e adotar as medidas mais adequadas à segurança da atividade jurisdicional, a fim de que haja a concessão de tutela efetiva.<sup>101</sup>

É de se destacar que no entendimento de Leonardo Ribeiro, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, as tutelas cautelares típicas poderiam ser concedidas quando,

<sup>96</sup> JORGE, Flávio Cheim. O Processo Cautelar e o Poder Geral de Cautela do Juiz. **Revista de Processo**, v. 87/1997, pp. 186-198, 1997, p. 5 via RT online.

<sup>97</sup> CALAMANDREI, Piero. *Op.cit.* 2000, p. 77.

<sup>98</sup> Idem, pp. 81-82.

<sup>99</sup> CALAMANDREI, Piero. *Op.cit.* 2000, p. 214.

<sup>100</sup> SANCHES, Sydney. *Op.cit.* 1978, p. 2.

<sup>101</sup> MARTINS, Victor A. A. Bomfim. *Op.cit.* 1996, p. 220.

embora não preenchidos os requisitos do *fumus bonis iuris* e do *periculum in mora*, estivessem preenchidos os seus requisitos específicos, assim como, do mesmo modo, havendo o preenchimento dos critérios gerais, sequer haveria a necessidade de análise dos requisitos especiais, porquanto não se tratavam de requisitos cumulativos.

Apesar do considerável número de medidas típicas anteriormente elencadas pelo legislador, a toda evidência, não há como o texto legal prever todas as possibilidades de assecuração da atividade jurisdicional, porquanto, nas palavras de Teori Zavascki, “a vida oferece, não raro, certas combinações de circunstâncias e acontecimentos que nem a mais fértil imaginação conseguiria prever”.<sup>102</sup>

Nesse contexto, considerando tal fato, bem como a menção, pelo código anterior, entre as cautelares típicas, de medidas que sequer tinham natureza cautelar, como o caso dos alimentos provisionais – notadamente de caráter antecipatório – o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 301<sup>103</sup>, 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.”

Assim, resta disposto o poder geral de cautela, consistente na possibilidade de concessão de tutela cautelar inominada, também chamada de atípica ou inespecífica, o qual encontra amparo, ainda, no teor do art. 297<sup>104</sup>, constante das disposições gerais da tutela provisória, em razão do qual parte da doutrina, consoante mencionado anteriormente, alude à existência de um “poder geral de tutela provisória”. Dessa forma, o código vigente opta por fazer breve menção às anteriores medidas cautelares típicas, prevendo, ao mencionar “qualquer outra medida idônea”, o poder geral de cautela já previsto no Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 798.

É de se ressaltar, contudo, que embora as medidas até então consideradas cautelares típicas não constem de um livro próprio destinado ao processo cautelar, o Novo Código não suprimiu a regulamentação de diversas providências que anteriormente constavam como cautelares típicas, podendo-se citar, como exemplo, a previsão acerca do atentado (art. 77, VI, do CPC/2015), arrolamento de bens (art. 381), busca e apreensão (art. 536, §§1º e 2º), e exibição de documentos ou coisas (art. 396).

<sup>102</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Op.cit.* 1996, p. 69.

<sup>103</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 8 dez 2017.

<sup>104</sup> CPC/2015: Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 8 dez 2017.

Sob o enfoque da atual legislação, Leonardo Ferres Ribeiro conceitua o poder geral de cautela como “um amplo dever-poder, municiando o magistrado dos instrumentos necessários para conceder a medida que seja adequada e necessária para a eliminação do perigo de dano ou da ameaça, ainda que tal situação não tenha sido prevista pela lei.”<sup>105</sup>

Assim, do cotejo dos artigos anteriormente referidos, bem como considerado o teor dos atuais arts. 297 e 301 do Código de Processo Civil, parte da doutrina passou a entender que houve a ampliação do poder geral de cautela<sup>106</sup>, havendo, por parcela da doutrina, receito quanto ao excesso de poder conferido ao juiz.

Diante de tal contexto, calha transcrever o seguinte excerto da obra de José Maria Rosa Tesheiner, no qual bem relaciona o poder geral de cautela à noção de dignidade da justiça, nos seguintes termos:

A Lei não tolera as gargalhadas do vencido, competindo ao juiz prevenir e reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça (art. 125, III). Se uma das partes pratica ou tenta praticar atos capazes de tornar inútil e risível a vitória da outra, impõe-se a concessão da medida cautelar adequada.

Como pode o juiz cruzar as mãos nas hipóteses que a Lei não previu expressamente, se tem o dever legal de até mesmo suprir as lacunas da Lei?

Sem dúvida, há que ser prudente o juiz, rigoroso na apreciação da probabilidade da existência do direito ameaçado e do perigo da ineficácia prática da sentença definitiva; há de sopesar os danos que a concessão da medida poderá causar com os danos que poderão resultar de sua denegação; poderá exigir caução; mas não deve rejeitar o pedido sob o fundamento de que o legislador não previu a medida solicitada: adequar a Lei ao caso concreto é função do juiz também quando se trata de pretensão à segurança.<sup>107</sup>

Partindo de tal noção de adequação da lei ao caso concreto, impende seja analisada a relação do poder geral de cautela com a noção de atipicidade dos meios executivos, instituída pelo Novo Código de Processo Civil.

<sup>105</sup> Nesse sentido, ver: RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, p. 114.

<sup>106</sup> No mesmo contexto: “Desta forma, esta ampliação dos poderes do magistrado poderá gerar certa instabilidade, assim como insegurança jurídica, ao passo que, mesmo sendo representantes do Estado incumbidos da função de julgar, os juízes podem interpretar a mesma situação de maneira diferente, não havendo, portanto, uma uniformização nas decisões.” In: MONTEIRO, Elane Botelho. **Poder Geral de Cautela do Magistrado com o Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19288](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19288)>. Acesso em: 5 dez 2017.

<sup>107</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. **Medidas Cautelares (no Código de Processo Civil de 1973)**. São Paulo: Saraiva, 1974.

### 3.2 RELAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA COM A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

Com relação à execução, antes da vigência do Novo Código de Processo Civil, a previsão legal constante do CPC de 1973 estabelecia o princípio da tipicidade, segundo o qual os meios executivos admitidos eram tão somente aqueles explicitamente dispostos na lei, a fim de que se evitasse o arbítrio judicial, de modo que o executado tinha a ciência dos meios pelos quais a sua esfera patrimonial seria invadida.

Todavia, com o advento do Novo Código houve um alargamento dos poderes do magistrado quanto à escolha dos meios executivos, consoante se depreende do teor do art. 139, IV, do CPC/2015, no qual se possibilita ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”<sup>108</sup>.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, a falência do princípio da tipicidade dos meios executivos se deve à premissa – que o fundamenta – de que as necessidades de diversas circunstâncias de direito material podem ser equalizadas e, portanto, concretizadas através dos mesmos meios executivos.

Nesse sentido, acertado o apontamento realizado pelo doutrinador referido, uma vez que, sob a vigência do princípio da tipicidade dos meios de execução, parafraseando Michel Foucault, em sua contundente crítica ao sistema carcerário, têm-se “a impressão de ver um médico que, para todas as doenças, tem o mesmo remédio”<sup>109</sup>, sem atentar para as peculiaridades de cada situação particular.

Assim, Marinoni ressalta a necessidade não somente de procedimentos diferenciados, mas também da concessão de poderes mais amplos ao magistrado, a fim de que este opte pela mais adequada modalidade executiva ao caso.<sup>110</sup> Desse modo, efetividade do processo não importa tão somente em evitar seja concedida a tutela a destempo, mas também que esta seja ofertada pelo meio adequado à finalidade pela qual foi requerida.<sup>111</sup>

Para Fredie Didier Jr., o rompimento do Novo Código com a noção de tipicidade dos meios executivos visa à promoção da tutela específica dos direitos, mediante a criação de

<sup>108</sup> BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 18 nov 2017.

<sup>109</sup> FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 20.ed. Trad: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 136.

<sup>110</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2017, pp. 198-199.

<sup>111</sup> Idem, p. 205.

técnica executiva maleável, norteadas pelos postulados da adequação, da necessidade e da proporcionalidade,<sup>112</sup> referindo ser instituído, nesse contexto, um “poder geral de efetivação”<sup>113</sup>.

Segundo os autores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, a modificação realizada na visão do Novo Código de Processo Civil decorre da necessidade de harmonização com a noção de concessão de tutela justa e efetiva, consoante se depreende do seguinte excerto:

Com a percepção de que as modalidades executivas devem ser idôneas às necessidades de tutela das diferentes situações de direito substancial, o direito ao meio executivo adequado passou a ser visto como corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Entendeu-se, a partir daí, que o juiz deveria ter um amplo espaço de poder para determinar a modalidade executiva adequada às necessidades de tutela do direito material e do caso concreto.<sup>114</sup>

Como corolário do artigo 139, IV, do NCPC, no que se refere às tutelas cautelares, o Novo Código de Processo Civil dispõe, no art. 297, consoante anteriormente referido que “o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória.”<sup>115</sup>

Nesse contexto, em comentários ao art. 297, do NCPC, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero entendem que há a admissão da atipicidade dos meios executivos, de modo que o juiz poderá determinar as medidas que entender pertinentes, havendo a aplicação das regras da execução ou do cumprimento provisório, inclusive no que concerne às garantias e à reversibilidade da situação.<sup>116</sup>

Consoante bem delineado por Daniel Mitidiero, um processo sem técnicas antecipatórias atípicas – dentre as quais se inclui, para o autor, a noção de antecipação da tutela cautelar ou da tutela satisfativa – coloca sobre as costas do demandante todo o peso que o tempo representa ao processo. Interessante, nesse aspecto, a menção ao fato de que o tempo que prejudica o demandante que possui razão, em igual proporção, beneficia aquele requerido

---

<sup>112</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 730-731.

<sup>113</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 5. 7. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 100.

<sup>114</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 105.

<sup>115</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 8 dez 2017.

<sup>116</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 396.

que não a possui, de forma que o ônus demasiado do processo acaba por romper com a noção de igualdade processual.<sup>117</sup>

A partir do teor do art. 297 do CPC/2015, constante das disposições gerais acerca da tutela provisória, para alguns autores, conforme mencionado anteriormente, deriva o Poder Geral de Tutela Provisória. Ademais, é de se ressaltar que a doutrina, ao realizar a correspondência do art. 798 do CPC de 1973, não raro se refere ao art. 297 do CPC/2015, e, por outras vezes, ao art. 301 deste mesmo regramento.

Os autores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart concebem a disposição do art. 297 como “uma cláusula executiva aberta, que oportuniza ao juiz a adoção do meio executivo adequado à efetivação da tutela, demonstrando que a função judicial está cada vez mais ligada ao caso concreto”.<sup>118</sup>

A partir de tal contexto, pode-se afirmar que a noção de atipicidade dos meios executivos exerceu forte influência sobre a noção de atipicidade da tutela cautelar, sendo ambas relacionadas ao princípio da adequação, sendo tanto o art. 139, IV, do NCPC, quanto o art. 297 do mesmo código, considerados, na visão de Didier Jr., Leonardo da Cunha, Paula Sarno e Rafael Alexandria, “cláusulas gerais processuais executivas”<sup>119</sup>, autorizadas da utilização de meios de execução direta ou indireta.

Como bem sinalam Didier Jr., Leonardo da Cunha, Paula Sarno e Rafael Alexandria, o art. 139, IV, do CPC, é aplicável a qualquer atividade executiva, seja fundada em título executivo judicial (provisória ou definitiva), seja fundada em título extrajudicial, bem como nos casos de prestação pecuniária, para efetivar prestação de fazer, não fazer ou dar coisa. O art. 297 do CPC, a seu turno, serve à tutela provisória, de modo que a sua atipicidade segue a atipicidade da tutela definitiva.<sup>120</sup>

Poder-se-ia cogitar que a alteração da tipicidade dos meios executivos para a atipicidade destes, assim como a noção de atipicidade da tutela cautelar, conferiria ampla margem de arbitrariedade ao julgador. Justamente em razão desta suposição, cabe destacar que a aplicabilidade do princípio em questão encontra limitações, a fim de não causar àquele que sofre os efeitos da medida executiva ou cautelar ônus desproporcional, de modo que a norma em comento deve privilegiar a razoabilidade, a proporcionalidade e o equilíbrio, a fim de resguardar, na medida do possível, a esfera jurídica daquele que sofre os efeitos da medida.

<sup>117</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017, p. 81.

<sup>118</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 105.

<sup>119</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.* 2017, p. 102.

<sup>120</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.* 2017, p. 105.

Desse modo, deve-se atentar para a noção de menor restrição possível ao réu, mediante a utilização de meio adequado e idôneo, estipulando-se o que a doutrina denomina “proibição de excesso” conforme será analisado de forma detalhada oportunamente. É de se destacar que o não atendimento a tal requisito torna ilegítimo o meio executivo ou a medida cautelar escolhidos pelo julgador. Portanto, conforme adequadamente apontado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, “o poder executivo, embora não seja mais controlado pelo princípio da tipicidade, está sujeito a uma forma de controle muito mais sofisticada e complexa”<sup>121</sup>, de modo que tal controle, tal como ocorre com relação aos meios executivos atípicos, é verificado também na tutela cautelar atípica.

A respeito do tema, cabe mencionar o entendimento de Marcelo Lima Guerra, ao afirmar estabelecer o direito fundamental à existência de meios executivos adequados a propiciar ao requerente a satisfação integral de sua tutela executiva, em razão do qual impõe os seguintes poderes-deveres – os quais, registre-se, também devem ser observados na tutela cautelar atípica - ao magistrado: i) poder-dever de interpretação das normas relativas aos meios executivos, a fim de conferir-lhes significado que atribua maior efetividade e proteção à medida concedida; ii) poder-dever de abstenção na aplicação de normas que imponham restrição a meio executivo, contanto esta não se justifique pela proteção de outro direito fundamental prevalente no caso concreto; iii) poder-dever de adoção de meios executivos necessários à prestação integral da tutela executiva, ainda que não previstos em lei e contanto não sejam expressamente vedados, desde que observadas as limitações impostas por outros direitos fundamentais eventualmente colidentes.<sup>122</sup>

Assim, a atipicidade dos meios executivos, consistente em corolário do direito fundamental à concessão de tutela justa e efetiva, exerceu influência direta no teor dos arts. 297 e 301 do CPC de 2015, tornando prescindível a vinculação do magistrado à lei, no que concerne às formas pelas quais a tutela pleiteada será concretizada, o que não significa, reiterar-se, livre arbítrio judicial, razão pela qual cabe, por ora, analisar a natureza de tal poder conferido ao juiz.

---

<sup>121</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 105.

<sup>122</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 102-103.

### 3.3 PODER GERAL DE CAUTELA: DISCRICIONARIEDADE OU NÃO?

Ainda não é pacífica na doutrina brasileira a questão relativa à natureza do poder geral de cautela, uma vez que parcela da doutrina o concebe como um poder discricionário, enquanto a outra parte, em contraponto, entende ser a discricionariedade um conceito restrito ao âmbito do Direito Administrativo.<sup>123</sup>

Ao considerar ser este poder “norma processual em branco”, Fernando da Fonseca Gajardoni não desconhece a existência de “certa discricionariedade judicial” no poder geral de cautela.<sup>124</sup>

Do mesmo modo, na visão de Galeno Lacerda, o poder geral de cautela possui natureza discricionária, na medida em que tal conceito não deve se restringir à esfera administrativa, podendo integrar, do mesmo modo, critérios que informam a jurisdição, conforme peculiaridades da matéria. O autor faz a ressalva, porém, de que discricionariedade não importa em arbitrariedade, mas sim em liberdade de escolha e de determinação dentro dos limites legalmente impostos, a fim de preencher as lacunas deixadas na lei.<sup>125</sup> Assim, existindo no ordenamento modos típicos de tutela, não caberia a invocação do poder geral de cautela.<sup>126</sup>

Segundo o autor supracitado, na norma do art. 798, há a intenção clara do legislador de que essa aplicação de tal poder se faça “a melhor possível, a mais certa, justa e adequada às exigências valorativas do caso.”<sup>127</sup>

Do mesmo modo, entende Marcus Vinicius Sampaio, para quem o poder geral de cautela possuía feição jurisdicional e discricionária, sendo “serviente à manutenção do equilíbrio social e jurídico de toda uma coletividade”, ao criar mecanismos de preservação

---

<sup>123</sup> A questão da natureza de tais poderes conferidos ao julgador também é tormentosa na doutrina alemã, consoante se verifica na obra de Fritz Baur: “A questão de saber se terminologicamente aqui se trata de uma autêntica apreciação livre, no sentido da outorga ao juiz de uma margem de jogo entre várias possibilidades concebíveis e igualmente permitidas pela lei, ou de descoberta da melhor solução sob o ângulo do fim assecurativo ou regulador, é que questão que pode ser duvidosa”. In: BAUR, Fritz. *Op.cit.* 1985, p. 103.

<sup>124</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A Moderna Ótica do Poder Geral de Cautela do Juiz*. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 535. Rodolfo de Camargo Mancuso refere ser o poder geral de cautela ato discricionário, diferindo-se, portanto, do ato vinculado, que deve se pautar pelo modelo indicado na norma, de modo restrito, enquanto o ato discricionário é caracterizado pela possibilidade de exteriorização por mais de um modo. In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Questão dos Limites no Poder Cautelar Geral. Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. **via RT online**, v. 5, pp. 837-865, 2011, p. 10.

<sup>125</sup> LACERDA, Galeno. *Op.cit.* 1999, p. 97

<sup>126</sup> Idem, pp. 113 e 115.

<sup>127</sup> Idem, p. 98.



para a atividade jurisdicional.<sup>128</sup> Assim, o poder geral de cautela não pode ser encarado tão somente como meio de proteção de direitos individuais, visando a tutelar, ainda, um relevante interesse público.

Em contraposição, no sentido de não consistir o poder geral de cautela em ato discricionário, é o entendimento de Ester Rezende, com o qual se aquiesce no presente trabalho, ao bem salientar que em tais circunstâncias, não há juízo de oportunidade e conveniência, uma vez que o julgador possui como balizas os requisitos legais e, no que diz respeito à medida a ser escolhida, na máxima consecução da efetividade.<sup>129</sup>

O magistrado, consoante acertado entendimento de Victor Bomfim Martins, não age discricionariamente, mas sim de acordo com os ditames legais, uma vez que os juízos de conveniência e oportunidade, intimamente ligados ao conceito de discricionariedade, não são realizados pelo julgador, pois a sua atuação fica restrita ao âmbito do caso concreto e dos princípios norteadores, não lhe sendo conferida a opção, puramente pessoal, de deferir ou não o pedido.<sup>130</sup>

No mesmo sentido, Flávio Cheim Jorge sustenta não haver discricionariedade no poder geral de cautela, uma vez que tal conceito, oriundo da seara administrativa, não guarda qualquer relação com o processo judicial, porquanto Administração e Judiciário exercem funções em muito diferentes. Para a Administração, na visão do autor, existe sempre mais de um “caminho válido juridicamente”, ao passo que, ao juiz, embora exista uma variedade de soluções, somente uma será válida, de modo que as decisões não tomadas serão tidas como erradas.<sup>131</sup>

Do mesmo modo, entende Araken de Assis, ao afirmar que o ato do juiz, nesse contexto, tem natureza vinculada, e não discricionária, tendo-se em conta que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como a probabilidade do direito, não autoriza a utilização de arbítrio pelo juiz, considerando, ainda, o fato de que em tais questões há o contraste entre direitos fundamentais à efetividade e à segurança.<sup>132</sup>

No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves entende não ser discricionário o poder geral de cautela conferido ao magistrado, uma vez que, preenchidos os requisitos de

<sup>128</sup> SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. **O Poder Geral de Cautela do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993 (Coleção de Estudos de Direito de Processo Enrico Liebman. Vol. 25), p. 140.

<sup>129</sup> REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Tutela Provisória. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 201.

<sup>130</sup> MARTINS, Victor A. A. Bomfim. *Op.cit.* 1996, pp. 225-227.

<sup>131</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Op.cit.* 1997, p. 8.

<sup>132</sup> ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. V. II. Tomo I e Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1592.

tal tutela, não há como o julgador denegar a medida, somente possuindo certa liberdade de apreciação na verificação dos conceitos de “elementos que evidenciem a probabilidade do direito” e “perigo de dano ou risco”, os quais, todavia, estão sujeitos ao dever de fundamentação das decisões judiciais.<sup>133</sup>

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, em que pese acolha a ideia de Tereza Arruda Alvim Wambier, no sentido de não constituir o poder geral de cautela em discricionariedade, afirma ser “inegável a ampla liberdade conferida ao julgador para atuação no âmbito do poder geral de cautela. E é absolutamente necessário que assim o seja, na medida em que o juiz deve ter condições de conceder proteção imediata a qualquer direito, sob pena de comprometer princípios fundamentais do modelo constitucional do processo.”<sup>134</sup>

Há que se concordar com o entendimento de Rennan Faria Krüger Thamay e Vinícius Ferreira de Andrade, no sentido de que o poder geral de cautela, ao contrário do que se pode pensar, não tem sua origem ligada a uma lacuna ou desleixo do legislador, mas sim na impossibilidade de se prever no texto legal todas as medidas cautelares que possam se encaixar em qualquer circunstância. Ainda, os autores partem da premissa de que a expressão poder geral de cautela não seria a adequada, porquanto a doutrina utilizava essa expressão para mostrar que este possui natureza discricionária e, em regra, jurisdicional. Ao importar o conceito de discricionariedade do direito administrativo, em tal concepção, o poder geral de cautela passou a ser visto como constituído como “uma forma de poder jurisdicional, com imensa dose de discricionariedade e serviente à manutenção do equilíbrio social e jurídico de toda uma coletividade”. Nesse sentido:

Não pensamos dessa maneira, com o máximo de 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 que 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 a proteção dos direitos.<sup>135</sup>

Assim, para os autores, a discricionariedade no poder geral de cautela estava relacionada ao paradigma clássico calcado no juízo de oportunidade e conveniência que é concedido ao administrador público, na seara do direito administrativo.

---

<sup>133</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op.cit.* 2017, pp. 494-495.

<sup>134</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, p. 110.

<sup>135</sup> THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. *Op.cit.* 2016, p. 226.

Desse contexto, deriva o fato de ser inapropriada tal relação, uma vez que não deve haver juízo de conveniência para a concessão das cautelares inominadas, exigindo-se o preenchimento de seus requisitos, à luz do caso concreto.

Desse modo, ante o entendimento de não ser adequada à noção de discricionariedade no poder geral de cautela, entendem os autores pertinente a utilização da terminológica “dever-poder de cautela”, a fim de que se reafirme “o compromisso de ser necessário que o agente público (...) possa atender, resguardar e promover a dignidade humana, proporcionalidade, legalidade, publicidade e eficiência, enfim, os predicados contidos no art. 8º do CPC/15.”<sup>136</sup>

No entendimento de Ovídio Baptista da Silva, no poder geral de cautela não haveria arbítrio, mas sim “uma rigorosa busca da finalidade pretendida pelo legislador”, de modo que o ato se aproxime dos fins almejados legalmente, na medida em que se configura como a possibilidade de escolha dentre as opções legitimamente aceitas pelo ordenamento.<sup>137</sup>

O autor em questão sustenta que - considerando o fato de que, na seara do Direito Administrativo a discricionariedade está ligada à oportunidade, e não à legalidade -, embora tenha de se manter fiel à lei, não pode o magistrado, no âmbito da tutela cautelar, verificando que no caso restaram preenchidos os requisitos para o seu acolhimento, transbordar para a arbitrariedade, de forma a não a conceder.<sup>138</sup> Em suma, propunha o autor que a discricionariedade importava na possibilidade de escolha, pelo julgador, entre duas soluções possíveis e legítimas. Assim, teria o magistrado a possibilidade de escolher medida que julgasse adequada ao caso, o que não significa autorizá-lo, sem justa causa e sem a devida fundamentação, a não deferir a tutela cautelar.

Ovídio Baptista defendia, ainda, que o controle do ato judicial pela via recursal não deveria adentrar nos limites de tal discricionariedade, de forma a respeitar a avaliação circunstancial do juízo a *quo*, o qual teve o contato direto com as provas produzidas durante a instrução.

Em que pese o posicionamento do doutrinador invoque a noção de princípio da imediatidade, parece que tal restrição tão somente à análise dos motivos para o deferimento ou não do pedido de concessão da cautelar importa, de certo modo, em vedação à revisão pelo duplo grau de jurisdição. Quanto aos critérios para a aplicação da fungibilidade da tutela cautelar, importa ressaltar que estes serão analisados oportunamente, cabendo, por ora, tão

---

<sup>136</sup> Idem, p. 227.

<sup>137</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op.cit.* 1999, p. 101.

<sup>138</sup> Idem, p.103.

somente referir que na situação recursal, recomenda-se que possa haver tal possibilidade de alteração da medida quando se verificar a existência de medida menos gravosa, sendo que o provimento do recurso, a toda evidência, deverá ser adequadamente fundamentado.

Há que se destacar que, no caso da contracautela, disposta no parágrafo único do art. 300<sup>139</sup>, o seu deferimento ou não constitui faculdade do magistrado, porquanto ainda que necessária e suficiente, poderá o julgador escolher pela substituição da medida, contanto fundamente de forma adequada as suas razões de decidido, tratando-se, portanto, de uma hipótese de tutela cautelar de ofício, conforme se analisara oportunamente.<sup>140</sup>

Assim, é temerária a opção por considerar o poder geral de cautela como ato discricionário, uma vez que, a depender de quem detém este poder, corre-se o risco de interpretar os juízos de oportunidade e conveniência – inerentes ao Direito Administrativo – como requisitos para o deferimento de tal tutela. Como se verá adiante, dentre outras limitações, o poder geral de cautela está vinculado aos critérios de necessidade e adequação, bem como ao dever de fundamentação das decisões judiciais, não se tratando de mera liberalidade do julgador.

Estando presentes os requisitos da tutela cautelar, não há como o magistrado optar – utiliza-se tal expressão justamente porque nela haveria certa carga de subjetividade – pelo seu não deferimento. Como se verá em tópico posterior, o requerimento de tutela jurisdicional cautelar depende da iniciativa da parte, todavia, uma vez deferida a tutela cautelar, os meios executivos de fazê-la cumprir são disponíveis ao magistrado, face à aplicação da regra de atipicidade executiva.

É de se ressaltar que a possibilidade de escolha da forma pela qual a tutela cautelar será efetivada incumbe ao magistrado, contudo, este deverá atentar, com primazia, à finalidade em razão da qual tal tutela foi requerida, isto é, à escolha da medida adequada, que deverá observar a necessidade de resguardo do processo ou do direito subjetivo nele envolvido.

Liberdade de escolha, nesse contexto, está tão somente relacionada à medida deferida para a efetivação da tutela, dada a atipicidade dos meios cautelares e executivos – não se

<sup>139</sup> CPC/2015: Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 7 dez 2017.

<sup>140</sup> SILVA, Jaqueline Mielke da. *Op.cit.* 2017, p. 98.

tratando, pois, de ato discricionário -, a qual, como será analisado no próximo capítulo, está sujeita a limitações.

### 3.4 LIMITES E EXTENSÃO

Em que pese a alegada ampliação de tal poder geral de cautela, consoante refere parte da doutrina, é importante referir que tal poder, a toda evidência, deve possuir as suas limitações, a fim de que não se transforme em arbitrariedade do julgador.

Nesse sentido, extremamente oportuna, ainda sob a vigência do Novo Código de Processo Civil, a advertência realizada por Ovídio Araújo Baptista da Silva:

Os que, com certa ingenuidade, vêm no processo cautelar esse sonhado mecanismo milagroso, em virtude do qual as partes poderiam obter uma justiça rápida e eficiente, esquecem que o juiz, infelizmente, não pode oferecer qualquer vantagem processual a um dos litigantes senão à custa do outro, e que a liminar não surge espontaneamente do nada, como um fenômeno de geração espontânea, sendo ao contrário, determinada mediante a imposição de um correspondente sacrifício processual. [...] As liminares manejadas por juízes desatentos, ou insuficientemente preparados para o exercício dessa forma delicada de tutela processual, poderão ser campo aberto a toda a sorte de desvios de poder e abusos contra interesses respeitáveis do outro litigante que, eventualmente, pode sofrer as consequências irremediáveis dessas provisões satisfativas, de cunho irreversível.<sup>141</sup>

Assim, Ovídio constata o descompasso entre as exigências de efetividade de direitos – ainda mais patentes nos tempos atuais -, e o anacronismo das instituições processuais, os quais desafiam a criatividade dos juristas e, de certo modo, dos jurisdicionados, razão pela qual, nesse contexto, a fim de se evitar abusos e arbitrariedades, devem ser estabelecidos limites para tal atuação jurisdicional.

Importante destacar, nesse sentido, “as deformações causadas pelas correntes ‘formalistas’ que tanto distanciaram o processo civil da realidade social”<sup>142</sup>, de forma a enfatizar, segundo Ovídio Baptista, o procedimento ordinário, em detrimento da cognição sumária.

De bom alvitre recordar que Galeno Lacerda, ao atribuir ao poder geral de cautela a caracterização como norma em branco – posicionamento com o qual não se concorda -, de caráter discricionário, faz a ressalva de que tal discricionariedade não importa em arbítrio, mas sim em liberdade de escolha dentro dos limites traçados, de modo que, no poder geral de

<sup>141</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op.cit.* 1999, p. 5.

<sup>142</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op.cit.* 1999, p.7.

cautela, a liberalidade cinge-se à escolha da providência, sendo ao julgador vedado, por exemplo, criar direito material em abstrato e atribuí-lo à parte.<sup>143</sup>

Em que pese à primeira vista pareça conferir ampla liberalidade ao julgador, Galeno Lacerda revelou, em sua obra, preocupação quanto ao uso indevido de tal poder, consoante se verifica no seguinte excerto, *litteris*:

É que o extraordinário poder discricionário do juiz na cautela atípica está ao alcance, também, do litigante de má-fé. Constitui perigosa arma de dois gumes nas mãos do magistrado, que poderá cercear injustamente o exercício de direitos legítimos, envolvido pela cavilação do embuste ou pela falaciosa aparência do direito alegado por quem carece, na verdade, de razão. E assim há o risco, para desprestígio da justiça, de que uma liminar dada por inadvertência, se transforme em instrumento iníquo de pressão, para extorquir do adversário vantagens e transações indevidas.

A prudência aconselha, portanto, a que o magistrado tenha em conta, quanto possível, as condições morais e econômicas das partes, sem descurar, também, da necessária rapidez no decidir, pois a razão pode estar efetivamente com o autor, e a demora na concessão da providência poderá vir a frustrar a realização futura do direito.

Aliás, na dúvida, haverá sempre a possibilidade para o juiz, nas relações patrimoniais, ou de expressão patrimonial, de condicionar a medida à caução, à chamada contracautela do art. 804.<sup>144</sup>

Preocupação semelhante revela Leonardo Greco, à luz do Novo Código de Processo Civil, ao afirmar que o poder geral de cautela, considerado um “cheque em branco”, para o autor, pode outorgar ao juiz poderes para contrariar o princípio da legalidade, de forma a se transmutar em instrumento de forte intervenção estatal no âmbito privado.<sup>145</sup>

Ao tratar sobre a tensão entre segurança e efetividade – ínsita às tutelas de urgência e de evidência -, Teori Zavascki referiu, com maestria, a necessidade de realização da devida ponderação de bens e valores tensionados, os quais devem ser analisados no caso concreto, a fim de que se constate “uma relação específica de prevalência de um deles.”<sup>146</sup>

Ademais, o autor realçou a necessidade de observância de alguns princípios basilares, inerentes ao sistema constitucional, quais sejam: i) princípio da necessidade, de modo que “a regra de solução (que é limitadora de direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não for possível estabelecer um modo de

<sup>143</sup> LACERDA, Galeno. *Op.cit.* 1999, pp. 111-112.

<sup>144</sup> Idem, p. 116. Em contraposição à visão de riscos de eventuais abusos de tal poder, Sydney Sanches afirma: “Até porque já não se justifica o temor de um alargamento do poder cautelar geral do juiz, porque ele próprio está igualmente munido do poder contracautelar (art., 804, 2ª parte, etc.). (...) Argumentar com o abuso do juiz no processo cautelar é esquecer que ele também pode abusar no processo de conhecimento e de execução onde as consequências são maiores. E se se entender que o juiz deve ter sua atuação cerceada por temor a seus excessos, é melhor acabar com o poder-dever geral de jurisdição. In: SANCHES, Sydney. *Op.cit.* 1978, p. 111.

<sup>145</sup> GRECO, Leonardo. A tutela de Urgência e a Tutela da Evidência no Novo Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Op.cit.* 2016, p. 201.

<sup>146</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Op.cit.* 1996, p. 64.

convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão”<sup>147</sup>; ii) princípio da menor restrição possível ou da proibição de excesso, o qual guarda relação com o princípio da proporcionalidade, no sentido de que qualquer restrição a direito fundamental não poderá ultrapassar o mínimo indispensável à harmonização almejada; iii) princípio da salvaguarda do núcleo essencial, inserido no princípio anterior, baseado na ideia de que não é legítima a solução que, sob o fundamento de harmonizar as tensões, opera a eliminação ou retira a substância de direito elementar.

Já para Daniel Mitidiero, o dilema entre fazer rápido e fazer bem não indica colisão entre segurança e efetividade, mas tão somente entre certeza e rapidez, tendo em vista que, assim como segurança não se reduz à certeza, efetividade não se limita à rapidez.<sup>148</sup>

Por derradeiro, como bem salienta Luiz Guilherme Marinoni, o crescimento de tal poder do juiz e a necessidade de estabelecimento de novos parâmetros de controle da decisão judicial decorrem da superveniência de novas “situações de direito substancial”, bem como da tomada de consciência do dever estatal de conferir aos jurisdicionados formas adequadas e efetivas de salvaguarda dos direitos.<sup>149</sup>

A partir de tais considerações doutrinárias, bem como em razão da leitura sistemática da legislação processual e constitucional, como mencionado anteriormente, não há como negar a necessidade da existência de limitações ao poder geral de cautela. Na medida em que se concebe a tutela cautelar como forma de resguardar não somente o processo, mas também eventual direito material do requerente, sem olvidar a exigência legal de tratamento igualitário entre as partes (consoante disposto do art. 7º do NCPC), em razão da qual se deve analisar as condições do requerido, as restrições a tal poder – cujos contornos serão a seguir analisados - se configuram em meio de resguardo do direito à concessão de tutela justa e efetiva.

### **3.4.1 A controvérsia doutrinária acerca da não satisfatividade da tutela cautelar**

Teori Albino Zavascki, ao introduzir a questão do poder geral de cautela em sua obra “Antecipação de Tutela”, referiu a existência de polêmica doutrinária relativa ao assunto, de modo que a legislação não havia deixado claro se o teor do art. 798 do CPC de 1973 abrangia tão somente aquelas medidas consistentes em garantias do processo, ou se poderiam abarcar

---

<sup>147</sup> Idem, p. 65.

<sup>148</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017, p. 79.

<sup>149</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2017, p. 215.

providências que representam a antecipação do direito material afirmado pelo interessado, constituindo, portanto, medidas cautelares satisfativas.<sup>150</sup>

Galeno Lacerda, a seu turno, entendia que, inserido no amplo e indeterminado poder de ordenar tais medidas provisórias, poderia o juiz, inclusive, antecipar a tutela a ser deferida ao final do processo principal, na medida em que o processo cautelar visa à utilidade da prestação jurisdicional, seja ela cognitiva ou executiva, podendo daí decorrer três necessidades: garantia da prova, garantia da execução quanto aos bens ou a necessidade de outorga de antecipação da tutela.<sup>151</sup>

Calmon de Passos, em posicionamento intermediário, entendia ser a liminar uma antecipação de tutela, cuja autorização competia ao legislador, ao passo que a cautelar consistiria em uma forma de asseguuração de tutela futura, contudo, em casos que, a fim de resguardar o resultado útil do processo, somente seria viável a própria antecipação da tutela, a antecipação de tutela se transformaria na própria cautela, situação na qual estaria autorizado o seu deferimento com base no poder geral de cautela.<sup>152</sup>

Em sentido semelhante, cabe transcrever o seguinte julgado, emanado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual há a aplicação do Novo Código de Processo Civil, *litteris*:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO E DO MUNICÍPIO RECONHECIDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL. PODER GERAL DE CAUTELA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. 1. A saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido, solidariamente, por todos os entes da Federação - Municípios, Estado e União - o que inclui, evidentemente, a realização do procedimento cirúrgico necessário ao tratamento da patologia que acomete o paciente. 2. Necessidade de deferimento de antecipação de tutela postulada na origem, ainda que não pleiteada em sede recursal, porquanto inserida no poder geral de cautela do juiz, com fulcro nos artigos 297 e 300 do Código de Processo Civil. 3. Desarrazoado julgar o mérito da demanda, em razão de não ter sido angularizada a relação processual na primeira instância, devendo ser oportunizado aos réus a apresentação de contestação na origem, impondo-se a desconstituição, de ofício, da sentença. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA, DE OFÍCIO. RECURSO PREJUDICADO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. APLICAÇÃO DO ART. 932, INCISO VIII, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, C/C

<sup>150</sup>ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

<sup>151</sup>LACERDA, Galeno. *Op.cit.* 1999, pp. 135 e 15-16. Complementa o autor, nesse sentido: “Sob o prisma do interesse, é inegável, portanto, que as medidas cautelares, quando deferidas, possuem eficácia satisfativa. Elas satisfazem, em primeiro lugar, ao interesse genérico processual, comum a todas elas, de atender à necessidade de segurança quanto ao resultado útil do processo principal. Atendem, em segundo lugar, ao interesse material no resguardo do bem (seqüestro), ou ao processual na produção de prova ou na reposição (atentado), por exemplo. Essa eficácia satisfativa do interesse não significa, porém, nas cautelares jurisdicionais, que exista o direito subjetivo material. LACERDA, Galeno. *Op.cit.* 1999, p.42.

<sup>152</sup>PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Op.cit.* 1984, 112.



ARTIGO 169, XXXIX DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL. (Apelação Cível Nº 70071773196, TJRS, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Torres Hermann, julgado em 06/12/2016, publicado no DJ em 14/12/2016)

No caso em comento, além de haver a equivocada concessão de tutela de caráter satisfativo sob o manto do poder geral de cautela, ainda há o flagrante equívoco de concessão de tutela cautelar de ofício, o que não se confunde com o poder geral de cautela concedido ao magistrado, mormente se considerado o desatendimento aos limites da devolutividade da tutela recursal.

É de se registrar que, na visão de Leonardo Ferres Ribeiro, com o advento do art. 273 do CPC/73, o qual instituiu a tutela antecipada, bem como em razão da técnica de fungibilidade prevista no art. 273, §8º, a questão das tutelas cautelares satisfativas ficou esvaziada, porquanto “sempre vislumbramos a possibilidade de fungibilidade de mão dupla, de forma que mesmo sob o rótulo de cautelar, há a possibilidade de concessão de uma medida de natureza antecipatória.”<sup>153</sup>

Em outro sentido, Ovídio Araújo Baptista, acolhendo o entendimento do processualista italiano Cristofolini, defendia a distinção entre as provisionais que antecipavam a eficácia do provimento final, em oposição às cautelares, as quais se restringiam a assegurar a possibilidade de concretização do provimento nos casos em que a sentença seja de procedência da demanda. Para o autor, as primeiras apenas têm, de cautelares, o nome e a forma procedimental, o que não significa, todavia, que seriam ilegítimas, uma vez que se tratam de procedimentos de sumarização de demandas.<sup>154</sup>

Ainda sob a vigência do código anterior, Claudio Tuda entendia que, existindo forma procedimental que assegure a efetividade da tutela, sem mitigar a noção de segurança jurídica ou o princípio do contraditório, restaria afastada a possibilidade de concessão de tutelas satisfativas provisórias sob a invocação do poder geral de cautela, as quais não se justificariam mais em razão do teor do art. 273 do CPC/1973.<sup>155</sup>

Do mesmo modo, entendia Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a quem a tutela cautelar tinha caráter meramente conservativo, nela não se verificando qualquer efeito antecipado de futura sentença quanto ao mérito da lide principal.<sup>156</sup>

<sup>153</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, p. 109.

<sup>154</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. III. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990, p. 17.

<sup>155</sup> TUDA, Claudio Takeshi. A Insubsistência das Tutelas Cautelares Sumárias Satisfativas Autônomas Fundadas no Poder Geral de Cautela. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula G. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas**: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 121.

<sup>156</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil Dogmático da Tutela de Urgência. **Ajuris**, nº 70, 1997, p. 224.

Assim, é importante referir, na visão de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, que nem todas as tutelas fundadas no perigo e sob cognição sumária são cautelares, na medida em que, entender em tal sentido importaria ignorar a existência da distinção entre “provimento urgente” e “urgência do provimento”, o qual guarda relação com a distinção efetuada por Pontes de Miranda, ao analisar as diferenças entre o arresto cautelar e o arresto do art. 830 do CPC, de natureza executiva, a partir da qual elaborou os conceitos de “segurança para a execução” e “execução para a segurança”, os quais possuem natureza, respectivamente, cautelar e satisfativa.

Os doutrinadores Marinoni e Arenhart defendem a não consideração de tutelas cautelares satisfativas a partir dos seguintes fundamentos:

Na realidade, quem atribui à tutela satisfativa prestada com base em cognição sumária a qualidade de cautelar não só é obrigado a também considerar cautelar a execução provisória da sentença, como ainda é forçado a admitir a cautelaridade da tutela da evidência (art. 311, CPC). Isso porque o que impede a doutrina de admitir a natureza executiva da tutela satisfativa sumária é a cognição não definitiva – ou a provisoriedade -, e não o simples requisito do perigo. Pior seria, de fato, se o perigo que estivesse a definir o que é cautelar, pois nesta hipótese somente a execução provisória da sentença contra o *pericolo nel ritardo* passaria a constituir tutela do tipo cautelar. Ora, já foi demonstrado que o equívoco que se esconde nessa doutrina é tão primário que não evita esta óbvia e insuperável contradição: legitima-se a execução provisória sempre que houver necessidade de acelerar (antecipar) a tutela jurisdicional; se, no entanto, essa aceleração for demasiadamente intensa, então a execução provisória desaparece para dar lugar à tutela cautelar, de tal modo que o mesmo princípio que fundara seu cabimento passa a ser responsável pela sua extinção.<sup>157</sup>

Tal entendimento encontra-se definido, ainda, nos “Novo Código de Processo Civil Comentado”, desenvolvido por Marinoni, Arenhart e Daniel Mitidiero, no qual afirmam a ausência de caráter satisfativo na tutela cautelar, uma vez que esta serve à “asseguração da realização futura do direito.”<sup>158</sup>

Ademais, os autores acima mencionados, em comentário ao art. 301 do Novo Código, afirmam que o NCPC deu passo importante ao explicitar, em tal artigo, a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada, de modo que “segundo a própria lei processual, a tutela cautelar não realiza ou satisfaz o direito por antecipação”<sup>159</sup>, na medida em que a sua função consiste em assegurar o direito ou a tutela do direito material.<sup>160</sup>

<sup>157</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 38.

<sup>158</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2015, p. 394.

<sup>159</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 169.

<sup>160</sup> Do mesmo modo, são taxativos os autores Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, ao referirem que “a medida cautelar nunca é ‘satisfativa’.” In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op.cit.* 2015, p. 63.

Tal entendimento se coaduna com o posicionamento de Eduardo Scarparo, ao referir que as cautelares não possuem nem a mesma função, tampouco a mesma natureza das tutelas satisfativas, de modo que o novo código, ao caracterizar as cautelares a partir da provisoriedade, em contraposição à definitividade, perdeu a oportunidade de esclarecer o real traço distintivo da cautelar, o qual deveria ser evidenciado a partir da dicotomia “cautelar-satisfativo”.<sup>161</sup> Assim, concebe o autor a tutela cautelar como aquela apta a assegurar um direito provável que se encontra em risco, a fim de resguardar sua eventual fruição em período posterior.<sup>162</sup>

Corroborando, nesse aspecto, o entendimento de Araken de Assis, o qual, valendo-se da terminologia utilizada por Fritz Baur, afirma ser a providência cautelar distinta da providência satisfativa, uma vez que constitui algo aquém (*minus*) ou diferente (*aliud*).<sup>163</sup>

Ainda nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior entende que a possibilidade de antecipação de tutela satisfativa com base no poder geral de cautela geraria perigo de arbitrariedade, uma vez que atribuir caráter satisfativo a medidas provisórias, sem a oportunidade de adequada defesa importaria quebra do “princípio da ampla discussão da causa”, indispensável ao devido processo legal e à noção de isonomia entre as partes.<sup>164</sup>

Obviamente, há casos em que distinguir se determinada medida é cautelar ou satisfativa não é tão simples. Isso pode se verificar, por exemplo, nos casos de sustação de protesto<sup>165</sup>, que possui nítido caráter acautelatório e, do mesmo modo, parece antecipar os efeitos que adviriam do deferimento do pedido principal, de forma que existem zonas limítrofes entre acautelar e antecipar.

Nesse sentido, Bernardo Pimentel refere que, embora os institutos da antecipação da tutela e da tutela cautelar não possam ser confundidos, casos há em que o provimento jurisdicional pode ter cargas antecipatórias e cautelar, citando, como exemplo, o pleito de suspensão de execução de julgado rescindendo, em que se verifica o adiantamento da consequência da procedência da ação rescisória – daí a carga antecipatória -, bem como a necessidade de preservação da utilidade do processo principal da rescisória – equivalente à carga cautelar.<sup>166</sup>

<sup>161</sup> SCARPARO, Eduardo. *Op.cit.* 2015, p. 129.

<sup>162</sup> Idem, p. 130.

<sup>163</sup> ASSIS, Araken de. *Op.cit.* 2015, p. 1539.

<sup>164</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op.cit.* 2011, p. 8.

<sup>165</sup> Nesse sentido: “A sustação de protesto assume natureza ambivalente: ora é cautelar, ora é satisfativa.” ASSIS, Araken de. *Op.cit.* 2015, p. 1552.

<sup>166</sup> PIMENTEL, Bernardo. **Execuções, Cautelares e Embargos no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 410.

No CPC anterior, dada a ausência de alternativa procedimental explícita, era utilizado o rito das cautelares antecedentes, previsto no art. 796 do CPC/73, para acolher também as tutelas antecipadas requeridas em caráter antecedente, sob pena de ocorrência de negativa de tutela jurisdicional, em ofensa à Constituição Federal.

No que diz respeito ao entendimento dos tribunais quanto à matéria, cabe salientar a aceitação, naquele contexto, de cautelares satisfativas autônomas, as quais, em razão de tal condição, prescindiam de pedido principal.<sup>167</sup>

O Novo Código de Processo Civil prevê, no Capítulo II do livro referente às tutelas provisórias, o procedimento para requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente (arts. 303 e 304 do NCPC), razão pela qual, em tese, tal problema seria solucionado.

É importante destacar que a controvérsia acerca da vedação ou não das cautelares satisfativas, mesmo com as mudanças do Novo Código, ainda é presente em nossa prática judiciária. Nesse sentido, cabe tecer a crítica realizada por Teori Zavascki, no contexto do CPC/73, a qual permanece pertinente, *litteris*:

Essa dissintonia doutrinária refletiu-se, como era de se esperar, na jurisprudência. Todavia, o que ocorreu nos tribunais, de um modo geral, foi a gradual passagem de uma linha de orientação nitidamente radical, de rejeitar as medidas cautelares satisfativas, para outra exatamente oposta. A ação cautelar passou a ser aceita, não apenas como instrumento para a obtenção de medidas para garantia do resultado útil do processo, mas também para alcançar tutela de mérito relativa a pretensões que reclamassem fruição urgente. [...] Na onda expansiva, vieram abusos, como, por exemplo, o da concessão de liminares, mais que satisfativas, irreversíveis, cuja execução inviabilizava o retorno da situação fática ao estado anterior, comprometendo irremediavelmente a garantia do contraditório e da defesa, bem como a efetividade prática de eventual sucesso do réu na sentença final.<sup>168</sup>

<sup>167</sup> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. SÚMULA Nº 284/STF. AÇÃO CAUTELAR. NATUREZA SATISFATIVA. AJUIZAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. DESNECESSIDADE. SÚMULA Nº 83/STJ. 1. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, mas traz somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal. 2. A natureza satisfativa da medida cautelar torna desnecessária a postulação de pedido em caráter principal. Súmula nº 83/STJ. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 915.586/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 29/11/2016). PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. NATUREZA SATISFATIVA. DISPENSA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. RELIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLEMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 22 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E 6º, § 3º, II, DA LEI Nº 8.987/95. PRECEDENTES 1. Em princípio, as medidas cautelares estão vinculadas a uma ação principal a ser ajuizada ou em curso, consoante os artigos 800, 806 e 808. Contudo, esta Corte sufraga o entendimento de que em certas situações, a natureza satisfativa da medida cautelar, torna desnecessária a postulação de pedido em caráter principal. No caso concreto, a pretensão veiculada na ação cautelar de restabelecimento de energia elétrica não se submete ao prazo preclusivo previsto no artigo 806 do Código de Processo Civil. Precedentes. (...) (REsp 805.113/RS, STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 23/09/2008, publicado no DJ em 23/10/2008)

<sup>168</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Op.cit.* 1996 p. 44.

Contudo, ainda que tenha o legislador buscado aproximar a tutela cautelar e a tutela antecipada, é de se destacar que a distinção conceitual entre ambas é de suma importância, uma vez que o Código de Processo Civil somente estabeleceu a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, não havendo qualquer disposição quanto à tutela cautelar, no aspecto, como bem sinala André Luiz Bäüm Tesser.<sup>169</sup>

Sob tal contexto, em acolhimento à noção de poder geral de tutela provisória, ou, para alguns autores, “poder geral de antecipação”, como entendem Cássio Scarpinella Bueno e Cândido Rangel Dinamarco, inadequado seria o deferimento de medidas satisfativas sob a invocação do poder geral de cautela, uma vez que o artigo 297 do CPC/2015 ampara tal poder à antecipação de tutela, sendo conveniente, portanto, que se utilize a terminologia de modo preciso.

Ademais, considerando a disposição de procedimentos antecedentes tanto para a tutela cautelar quanto para a tutela antecipada, carece de fundamento a alegação de existência de tutelas cautelares satisfativas, porquanto o único traço distintivo quanto à natureza (e não com relação aos procedimentos) adotado pelo legislador entre as tutelas cautelar e antecipada – uma vez que, equivocadamente, não considerou a distinção entre tutela e técnica – parece residir justamente na satisfação das medidas antecipatórias, em contraposição ao caráter assecuratório da tutela cautelar.

Há que se referir, ainda, a possibilidade de fungibilidade entre a tutela cautelar para a tutela antecipada, prevista explicitamente no parágrafo único do art. 305, razão pela qual, sendo constatado o caráter satisfativo da tutela cautelar pleiteada em caráter antecedente, deverá ser observado o procedimento dos arts. 303 e 304 do CPC/2015.

Assim, não haveria razão de existir tal dispositivo se fosse permitida a tutela cautelar satisfativa, uma vez que esta teria natureza semelhante à tutela antecipada, motivo pelo qual não seria constatado elemento apto a ensejar essa fungibilidade. Cumpre ressaltar, nesse contexto, que a técnica da fungibilidade – a qual passa a ser analisada com mais detalhes a seguir - consiste em um meio de priorizar a finalidade de tutela dos direitos, inerente ao Estado Constitucional, calcado na noção de concessão de tutela justa e efetiva, o que guarda relação, de certo modo, com a noção da primazia da resolução de mérito.

Desse modo, a não satisfatividade trata-se de adequado limite à tutela cautelar – uma vez que esta, em suma, não se confunde com a antecipação da tutela -, o qual, consoante se

---

<sup>169</sup> TESSER, André Luiz Bäüm. As Diferenças entre a Tutela Cautelar e a Antecipação de Tutela no CPC/2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Op.cit.* 2016, p. 45.

verifica em diversos julgados dos tribunais, ainda sob a vigência do Novo Código de Processo Civil, não raras vezes, acaba sendo inobservado.

### 3.4.2 Relação do poder geral de cautela com o princípio da fungibilidade

Ao tratar sobre a fungibilidade de tutelas cautelares típicas e atípicas, Leonardo Ferres Ribeiro aduz a existência de considerável alteração nesse sentido com o Novo Código de Processo Civil, ante a ênfase na atipicidade das medidas cautelares. Face ao contexto exposto, cabe mencionar o seguinte excerto de sua obra:

Tal fungibilidade é, a nosso ver, perfeitamente possível (para não dizer necessária), na medida em que numa visão constitucional do processo, afinada com o entendimento atual do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), toda e qualquer situação, desde que apresente risco de dano (*periculum in mora*) e plausibilidade do direito (*fumus bonis iuris*) é passível de ser tutelada, mesmo que remeta a uma cautelar típica e não estejam preenchidos os requisitos específicos.

Também esse debate deixou de existir com a vigência do novo Código, na medida em que extintas as cautelares típicas, mantendo-se pelo Código de Processo Civil de 2015, apenas a técnica da cautelar inominada.<sup>170</sup>

De fato, a vedação à fungibilidade entre medidas nominadas e inominadas<sup>171</sup> - mormente quando não restavam preenchidos os requisitos especiais das medidas típicas, requerendo-se, para tanto, a título de tutela atípica, tutela semelhante à aquela prevista em lei - defendida, sob a vigência do CPC anterior, pela doutrina, parece carecer de fundamentação sob a vigência do Novo Código de Processo Civil.

Quanto à fungibilidade entre uma medida cautelar e outra - não importando, no atual contexto, se seriam previstas ou não na legislação - é importante destacar que, em que pese o teor do art. 805 do CPC de 1973 ["A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente."] não tenha sido reproduzido na legislação atual, a doutrina continua considerando como parâmetros para a alteração da tutela cautelar requerida a adequação ao caso concreto, bem como a consideração, de forma conjunta, da necessidade e da menor

<sup>170</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, p. 109.

<sup>171</sup> Nesse sentido: SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *Op.cit.* 1993, p. 196.

gravidade da medida ao requerido, cuja análise será feita de forma mais detalhada oportunamente.

A fungibilidade, para parte da doutrina, está relacionada, ainda, com o princípio da adequação, o qual atua em casos nos quais a parte requer a tutela inadequada ao caso concreto. Leonardo Ferres menciona, como exemplo, o caso em que a parte formulou arresto, sendo o caso, todavia, da aplicabilidade do sequestro.<sup>172</sup>

Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni, é facultada ao magistrado a concessão de medida diversa da requerida, mesmo que sem pedido expreso quanto à alteração, se verificar a existência de outra medida que possibilite melhor proteção ao direito da parte, face ao poder geral de cautela, considerando, ainda, que a regra da fungibilidade excepciona o princípio de adstrição ao pedido da parte.<sup>173</sup>

De modo semelhante, entendia Flávio Cheim Jorge, à luz do CPC de 1973, ao afirmar que incumbia ao juiz analisar o pedido da parte e, entendendo haver tutela cautelar mais adequada, deferir tal medida diversa, contanto esteja em consonância com os limites e fins buscados na ação cautelar, havendo, portanto, um poder de “interpretação sobre os fatos e sobre o direito para conceder ou modificar a tutela pleiteada.”<sup>174</sup>

No mesmo sentido, Luciano Vianna Araújo, invocando a noção de adequação, entende ser cabível ao magistrado a outorga de tutela cautelar diversa daquela requerida, na medida em que a tutela cautela visa a resguardar o processo principal.<sup>175</sup>

Na visão de Márcio Louzada Carpena, o julgador não fica vinculado à forma pleiteada, mas sim à finalidade que se pretende alcançar com tal pedido, ficando, portanto, o magistrado ligado à situação exposta que reclama proteção jurisdicional, à causa de pedir, podendo alterar a medida de ofício.<sup>176</sup>

Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva também relacionava a fungibilidade ao princípio da adequação, a qual deve se ater à natureza do dano que ameaça o direito. Entendia o autor que tal fungibilidade deveria ser amparada a partir de alguns limites, de forma que a alteração da medida seja indicada pelas circunstâncias do caso concreto, a qual poderia ocorrer em razão do pedido de uma das partes, bem como nos casos em que, ao analisar o

<sup>172</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, p. 135.

<sup>173</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op.cit.* 2010, p. 538. Nesse sentido, ainda: SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *Op.cit.* 1993, p. 195.

<sup>174</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Op.cit.* 1997, p. 6.

<sup>175</sup> ARAÚJO, Luciano Vianna. A Tutela Cautelar no “Esboço de Reformulação Legislativa da Tutela de Urgência”. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula G. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 441.

<sup>176</sup> CARPENNA, Márcio Louzada. *Op.cit.* 2005, p. 175.

pedido, verificar o julgador que outra medida lhe pareça mais adequada <sup>177</sup> No caso de substituição de determinada medida cautelar por caução, entendia o doutrinador que deveria ser atendido a dois critérios: deveria a caução ser adequada e suficiente.

Já para Jaqueline Mielke, a fungibilidade de uma medida cautelar por outra deverá atender a requisitos norteadores do direito processual civil, de forma a condicionar a concessão de provimento diverso aos casos em que não houver a alteração da *causa petendi*.<sup>178</sup>

Quanto à aplicabilidade da caução, importante destacar que o artigo 521 do CPC<sup>179</sup> elenca hipóteses em que esta é dispensável, dentre as quais vale destacar os casos em que comprovada a hipossuficiência e quando se tratar de crédito de natureza alimentar.

A partir do enfoque quanto à caução, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini classificam as medidas cautelares em fungíveis e infungíveis, incluindo-se na primeira categoria àquelas destinadas a assegurar interesses meramente patrimoniais, passíveis, portanto, de reparação pecuniária ou substituição por caução, e na segunda, as medidas protetivas de direitos personalíssimos, como o direito à intimidade, em que a caução serviria “apenas para garantir efetividade de uma simples tutela sucessiva (compensatória), não resguardando, de fato, a intimidade do requerente.”<sup>180</sup>

Interessante, nesse aspecto, citar o teor do §308 do Código de Processo Civil Alemão, o qual estabelecia que o tribunal não possui a faculdade de declarar a favor de determinada parte algo que não lhe foi solicitado, como uma emanção do princípio dispositivo, segundo o qual “o autor – e, em dadas circunstâncias, também o réu – determina o objeto do processo e, com isso, igualmente o da sentença judicial.”<sup>181</sup> Assim, na visão do autor Fritz Baur, a sentença não deveria pronunciar nem um *plus*<sup>182</sup> – algo além daquilo requerido pela parte que o pleiteou, uma vez que não compete ao Poder Judiciário adjudicar aos jurisdicionados mais

<sup>177</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op.cit.* 1999, p. 175.

<sup>178</sup> SILVA, Jaqueline Mielke da. *Op.cit.* 2017, p 134.

<sup>179</sup> Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: I - o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem; II - o credor demonstrar situação de necessidade; III - pender o agravo do art. 1.042; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência). IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos. Parágrafo único. A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 7 dez 2017.

<sup>180</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op.cit.* 2015, p. 69.

<sup>181</sup> BAUR, Fritz. *Op.cit.* 1985, p. 89.

<sup>182</sup> Complementa o autor, nesse sentido: “A providência da medida cautelar não deve dar ao peticionário mais do que corresponde ao fim da proteção jurídica por ele colimado. Se o peticionário condensou o fim de tutela jurídica, por ele pretendido, em determinado pedido, este pedido forma o limite extremo do ‘adjudicável’ e isto ainda quando não havia obrigação de ser formulado pedido determinado. In: BAUR, Fritz. *Op.cit.* 1985, p. 102.



do que eles mesmos postularam -, *nem um aliud* – algo de natureza totalmente distinta do pedido da parte -, podendo, todavia, ser pronunciado pelo tribunal um *minus* – algo a menos do que a parte requereu, o que guarda relação com a noção de menor onerosidade da medida<sup>183</sup>, que será analisado no item subsequente.

Assim, no processo civil alemão como um todo, “o tribunal só pode decidir por uma consequência que corresponda ao fim processual visado pelo autor e decorra, na consonância do direito material, da situação fática exposta pelo autor. Não cabe ao tribunal competência reguladora, a não ser que esta lhe seja reconhecida expressamente na lei.”<sup>184</sup>

Importante destacar, nesse contexto, que a questão da fungibilidade é ensejada, em síntese, quando ocorre o requerimento de um tipo de tutela jurisdicional, mas com o *nomen iuris* e forma de outra, de modo que a parte se vale da técnica equivocada. O caso em comento, de bom alvitre referir, não se trata de tutela deferida em violação ao princípio dispositivo, uma vez que o requerimento daquele resultado da tutela jurisdicional foi realizado.

A fungibilidade pode se dar, ainda, entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, conforme preceitua o art. 305, parágrafo único, do CPC atual<sup>185</sup>. Assim, caso a parte requeira, a título de tutela cautelar, medida de natureza antecipatória e caráter satisfativo, deverá o juiz observar as disposições relativas à tutela antecipada, não havendo a previsão no texto legal da fungibilidade em sentido inverso.

Em que pese a ausência em questão, a doutrina entende ser admissível também a fungibilidade do procedimento da tutela antecipada para a tutela cautelar, chamada também de

<sup>183</sup> Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. LIMINAR PARCIALMENTE CONCEDIDA. PROSSEGUIMENTO DA OBRA CONDICIONADO A CAUÇÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. SÚMULA 7/STJ. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal com o fito de cessar e reparar danos decorrentes de empreendimento hoteleiro em Área de Preservação Permanente situada em Jurerê Internacional, iniciado sem licenciamento do Ibama. 2. O Juízo de 1º grau indeferiu o pedido liminar de paralisação das obras, mas condicionou seu prosseguimento ao depósito de caução. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em voto médio, proveu em parte o Agravo de Instrumento para majorar a caução em 15% do valor do empreendimento e condicionar sua comercialização à ciência dos adquirentes sobre o litígio. (...) 4. Não obstante a falta de prequestionamento, importa lembrar que o pedido deduzido pelo Parquet estava voltado à total paralisação da obra e à ciência dos consumidores; portanto, era muito mais abrangente que a determinação do Tribunal local. Na hipótese, incidem o poder geral de cautela do julgador (art. 798 do CPC), o princípio *tantum devolutum quantum apelatum* e a máxima "quem pede o mais pede o menos". Em outras palavras, se o pleito do Agravo abrangia a suspensão da obra, permitir seu prosseguimento mediante caução, qualquer que seja o valor, não se afigura extra petita, porque menos gravoso à recorrente. (...) (REsp 1177692/SC, STJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 03/02/2015)

<sup>184</sup> BAUR, Fritz. *Op.cit.* 1985, p. 92.

<sup>185</sup> CPC/2015: Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 8 dez 2017.

fungibilidade na via inversa ou de “mão dupla”,<sup>186</sup> porquanto a razão de ser da fungibilidade serve justamente para acolher os casos de zona fronteira – em que fica difícil verificar se a medida é dotada de natureza cautelar ou antecipada, a fim de que o direito da parte requerente não seja sacrificado pela não utilização da melhor técnica, independentemente de se tratar de pedido antecedente ou incidental.

Nesse contexto, segundo Leonardo Ribeiro, perdeu o Novo Código a oportunidade de esclarecer a situação, porquanto, no seu entendimento, “não se trata de fungibilidade, seja na ‘mão única’ ou ‘mão dupla’, mas de uma espécie de correção de procedimento”, de forma que omitindo tal questão, “o novo código fará ressurgir a discussão sobre a natureza da medida de urgência concedida, se cautelar ou satisfativa”, a qual se daria “com requintes de crueldade”, porquanto sem o auxílio do princípio da fungibilidade.<sup>187</sup>

Todavia, deve-se considerar que, embora o Novo Código tenha buscado aproximar tais institutos, estes possuem suas diferenças, como já referido, principalmente em razão da possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, em caso de ausência de manifestação da parte contrária, o que não ocorre com a tutela cautelar.

A fungibilidade não prevista legalmente – isto é, a existência de pedido de natureza cautelar, realizado sob as vezes de pedido de caráter satisfativo – deve ser analisada com muita precaução pelo legislador, porquanto seria menos benéfica ao requerente, razão pela qual, seria conveniente a concessão – nos casos em que viável for – de prazo para manifestação das partes. Sendo indevida a aplicação da fungibilidade em tais casos, cabível a interposição do recurso de agravo de instrumento, considerado o prazo legal.

Considerando que a fungibilidade entre medidas de natureza cautelar, como visto, guarda relação com o princípio da adequação, incumbe analisar, de forma mais detida, quais os limites e os requisitos aptos a tornar uma medida deferida sob o manto do poder geral de cautela mais adequada ao caso em relação àquela inicialmente requerida.

### **3.4.3 Quanto ao critério da necessidade: Aplicabilidade das regras do meio idôneo e da medida menos gravosa**

Em que pese a Constituição Federal preveja como garantia fundamental o direito de ação, cabe destacar que a cognição sumária deve ser vista como uma exceção à regra, daí

<sup>186</sup> Nesse sentido: SILVA, Jaqueline Mielke da. *Op.cit.* 2017, p. 48. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op.cit.* 2015, p. 66. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op.cit.* 2016, p. 630.

<sup>187</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, pp. 139-140.

derivando a comprovação de que tal cognição superficial é necessária, em razão do preenchimento dos requisitos do art. 300, quais sejam, o risco ao resultado útil do processo e a probabilidade do direito.

Nesse sentido, em sua obra, Leonardo Ferres Ribeiro atenta para casos em que há uma espécie de “fabricação do *periculum in mora*”, trazendo como exemplo o “candidato a determinado concurso que sabendo com bastante antecedência de determinada regra que o excluiria, deixa para ingressar com uma ação às vésperas da realização do concurso, não deixando alternativa ao juiz senão conceder a tutela imediatamente, permitindo-lhe a realização da prova, sob pena de um grave prejuízo”, o que poderia ser verificada mediante a constatação de que a procuração outorgando poderes do autor ao seu procurador fora assinada há alguns meses. Ainda em tais circunstâncias, o autor entende, acertadamente, que a tutela não deve ser indeferida, havendo, contudo, a possibilidade de responsabilização por má-fé processual.<sup>188</sup>

A tutela de urgência está garantida constitucionalmente, mas deve ser utilizada em caráter excepcional, somente quando não houver outra forma de tutelar o direito da parte. A garantia do acesso à justiça não significa tutelar a qualquer preço, com a supressão de outras garantias constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. A tutela de urgência, uma vez que fundada em cognição sumária, deve ser, na medida do possível, provisória e, em razão disso, utilizada somente em situações excepcionais, quando representar a única maneira de assegurar efetividade da tutela jurisdicional, contanto que, ponderando-se os bens e os direitos em jogo, seja essa a solução mais indicada e a menos gravosa.<sup>189</sup>

Nesse contexto, a tutela cautelar, na visão de Humberto Theodoro Júnior, além dos requisitos legais, deve se sujeitar a outros dos limites fundamentais, quais sejam, a necessidade – devendo ser a tutela indispensável para o cumprimento da função de repressão do perigo de dano – e deve ser provisória – em oposição à tutela satisfativa.<sup>190</sup>

Sydney Sanches, afirma o condicionamento da viabilidade da tutela cautelar, além do parâmetro da possibilidade *in abstracto* pelo ordenamento, à necessidade, seja porque o réu desatende à pretensão de segurança do autor, seja porque cria situação de insegurança, bem como à escolha do meio adequado.<sup>191</sup>

<sup>188</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, p. 211.

<sup>189</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.silvaribeiro.com.br/artigos/artigo13.pdf>>. Acesso em: 8 dez 2017.

<sup>190</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op.cit.* 2011, p. 7.

<sup>191</sup> SANCHES, Sydney. *Op.cit.* 1978, p. 35.

Para Luiz Guilherme Marinoni, a regra da necessidade é subdividida em duas regras: a do meio idôneo – capacidade de proporcionar faticamente a tutela – e da menor restrição possível.<sup>192</sup>

Jaqueline Mielke da Silva, ao mencionar a possibilidade de o réu prestar a caução substitutiva prevista no art. 805 do CPC de 1973, disposição acerca da qual não há qualquer previsão no código de 2015, refere a necessidade de atendimento à regra da menor onerosidade da medida. Acertadamente, refere a autora que a regra da menor onerosidade da medida somente é aplicada após a incidência da regra do meio idôneo, isto é, quando verificada que a medida mais tênue àquele que sofre seus efeitos é igualmente idônea em relação à medida inicialmente pleiteada.<sup>193</sup>

Nesse mesmo sentido, é o entendimento verificado na obra de Fredie Didier Jr.<sup>194</sup> Assim, entende a necessidade de preenchimento de dois requisitos: adequação (relacionada à idoneidade da medida) e suficiência da medida (harmonização de dos critérios de idoneidade e de efetividade da medida para tutelar a situação cautelanda).

Por meio idôneo, entende-se aquele apto a atingir a finalidade para qual a tutela cautelar é pleiteada, e por meio menos gravoso, compreende-se aquele capaz de interferir de modo mais tênue na esfera jurídica do réu.

Nesse sentido, segundo os autores Sérgio Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni,<sup>195</sup> do fato de o magistrado dever estar vinculado à causa de pedir e ao pedido de tutela de circunstância, e não ao pedido de providência cautelar, deriva não somente a possibilidade de se conceder medida menos restritiva, mas ainda assim efetiva, mas também a possibilidade de o julgador poder conceder medida que, embora mais gravosa, seja a única idônea a assegurar a efetividade do processo, seja em termos qualitativos ou de extensão. A toda evidência, a decisão deverá ser devidamente fundamentada pelo magistrado, cabendo a sua impugnação quando tendente a violar a noção de menor onerosidade possível da medida, podendo ser invocado o princípio da eventualidade, a fim de conferir logicidade ao recurso a ser interposto. Assim, o principal dever em tais circunstâncias reside na vedação de o magistrado tutelar o direito requerido de forma a causar restrição desnecessária ao demandado, sob pena de exercício da atividade jurisdicional de modo ilegítimo.

---

<sup>192</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2017, p. 207.

<sup>193</sup> SILVA, Jaqueline Mielke da. *Op.cit.* 2017, p. 97.

<sup>194</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 730.

<sup>195</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 171.

Daniel Mitidiero pondera que, existindo duas medidas igualmente idôneas, deve ser escolhida aquela menos gravosa ao demandado; havendo a opção entre meio mais idôneo e mais gravoso, e meio menos idôneo e menos gravoso, deverá o julgador optar pelo meio mais idôneo, ainda que isso importe em maior restrição à esfera jurídica daquele que sofre os efeitos da medida.<sup>196</sup>

Nesse sentido, na visão de Fritz Baur, o Poder Judiciário pode sempre decidir por um *minus*, contanto seja suficiente para a concessão da tutela jurídica temporária. Para além, o conteúdo da providência temporária possui duas limitações, quais sejam, o que é adjudicável conforme o direito material, e a finalidade da proteção jurídica inserida no pedido.<sup>197</sup>

Cabe, mencionar, por oportuno, o entendimento do doutrinador alemão quanto à aplicabilidade da regra do meio menos gravoso, *in verbis*:

Dentro dos lindes assinalados (consequência jurídica material e fim da tutela jurídica como limites superiores), é de ser escolhida a providência que, no caso concreto, constitui a maneira melhor de alcançar a finalidade da segurança e a que menos prejudica o demandado em sua liberdade de ação. A efetividade da proteção jurídica e o princípio de que a interferência na esfera do direito da outra parte deve ser a menor possível, têm de ser igualmente levados em consideração na escolha do provimento.<sup>198</sup>

Adequados os posicionamentos doutrinários acima destacados, os quais também servem de parâmetro limitador do poder geral de cautela atribuído ao magistrado, uma vez que este jamais pode descurar da necessidade de atendimento à noção de tutela justa e efetiva.

Assim, de nada adianta o julgador deferir medida cautelar menos gravosa ao requerido se esta não for apta a resguardar o direito material referente ao pedido principal. Do mesmo modo, havendo medida menos gravosa que seja capaz de assegurar a futura atividade satisfativa, não haveria porque o julgador deferir medida que imponha ônus excessivo à contraparte, face ao princípio da vedação do excesso. Pauta-se a tutela cautelar, portanto, pelos princípios da necessidade e suficiência, os quais guardam relação com o critério de proporcionalidade, objeto do tópico subsequente.

---

<sup>196</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017, p. 186.

<sup>197</sup> BAUR, Fritz. *Op.cit.* 1985, p. 102.

<sup>198</sup> Idem, p. 103.

### 3.4.4 Quanto ao critério da proporcionalidade

Jaqueline Mielke da Silva conceitua proporcionalidade como a necessidade de correspondência entre o fim a ser alcançado por intermédio de determinado dispositivo legal e o meio empregado para tanto<sup>199</sup>.

Para Daniel Mitidiero, a proporcionalidade é estruturada a partir de três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de modo que, por exemplo, para o magistrado ordenar o pagamento de determinada quantia, sob pena de multa coercitiva, deverá justificar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da medida.<sup>200</sup>

Consoante Sérgio Gilberto Porto, o princípio da proporcionalidade tem o objetivo de evitar resultados desproporcionais e injustos, de forma que a aplicação de tal princípio permite vislumbrar a circunstância de que o propósito constitucional de proteção de determinados valores deve ceder nos casos em que a observância intransigente de tal orientação significar violação de direito fundamental que deva ser mais valorado no caso concreto.<sup>201</sup>

Nesse sentido, os autores Sérgio Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, ao mencionarem o clássico exemplo dado por Fritz Baur, no caso em que se postula a retirada de uma janela do prédio vizinho e o juiz opta por determinar a colocação de vidros foscos que impeçam a visibilidade para o prédio do autor, aduzem que a atuação do Poder Judiciário não deve se preocupar tão somente em proporcionar tutela idônea ao autor, mas também em estabelecer parâmetros de proporcionalidade entre a tutela pleiteada e o ônus que será gerado à parte adversária.<sup>202</sup>

Assim, sob o parâmetro da proporcionalidade, carece de razoabilidade a concessão da tutela de urgência quando o mal a ser causado ao requerido é consideravelmente maior do que o benefício buscado pelo requerente; o mesmo ocorre com o inverso, ou seja, quando o mal a ser causado pelo requerente, em decorrência da não concessão for muito menor que o prejuízo que poderá advir em razão da indevida concessão de tutela cautelar. Desse modo, ao utilizar o magistrado de seu poder geral de cautela, é imprescindível a adoção do critério da proporcionalidade, ao verificar qual a medida oportuna, à luz do caso concreto.

<sup>199</sup> SILVA, Jaqueline Mielke da. *Op.cit.* 2017, p. 190.

<sup>200</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017, p. 182.

<sup>201</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. As Liminares Inaudita Altera Parte e a Garantia Constitucional-Processual do Contraditório. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.028.

<sup>202</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 171.

### 3.4.5 Poder geral de cautela e concessão de tutela cautelar *inaudita altera parte*

Relativamente ao Código de Processo Civil anterior, havia disposição, em seu artigo 804 [“É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.”]<sup>203</sup>, no sentido de somente conceder a tutela cautelar sem a oitiva do réu nos casos em que esta pode torná-la inefetiva. O Novo Código de Processo Civil, a seu turno, não traz qualquer regra relativa a esse aspecto.

Pela redação do art. 300 do NCPC, “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”. O art. 9º do CPC/2015<sup>204</sup> traz como uma das exceções às decisões *inaudita altera parte* a tutela provisória, cabendo, portanto, verificar em que medida, o magistrado, ao deferir tutela cautelar com base em seu poder geral de cautela, poderia aplicar tal regra.

No caso da tutela cautelar, para a mera demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, não se exige cognição exauriente; bastando, pois, uma cognição sumária, ou seja, limitada verticalmente (no plano da profundidade). Em tais circunstâncias, ou a urgência da medida é tal que impõe ao juiz decidir sem que a parte contrária seja ouvida ou deve considerar a defesa do réu para decidir melhor, mas ainda assim, há que se destacar, dentro desse limite de cognição sumária.

Todavia, há situações em que a oitiva da parte contrária, de fato, pode vir a frustrar a eficácia da medida concedida, como os casos em que mesmo o transcurso do tempo necessário para a citação ou intimação do réu, quando incidental, do réu já tornaria a medida ineficaz, tamanha a sua urgência, ocasião na qual deverá o magistrado postergar o momento para o exercício do contraditório.

Nesse contexto, o entendimento de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro é no sentido de que deve haver audiência da parte contrária antes da concessão da medida de urgência, exceto nos casos em que sua oitiva poderá frustrar a efetivação da medida e nos casos em que é

---

<sup>203</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 9 dez 2017.

<sup>204</sup> CPC/2015: Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência;. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 9 dez 2017.

extremamente considerável a urgência da tutela pleiteada, de forma que o transcurso do tempo necessário para a citação certamente ocasionará a ineficácia da medida.<sup>205</sup>

O posicionamento dos autores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart é no sentido de que a concessão de tutela cautelar sem a oitiva da parte contrária somente é possível quando existentes motivos suficientes para “fazer o juiz crer que o adiamento do seu deferimento para depois do momento oportuno à defesa obstaculizará a tutela do direito”<sup>206</sup>, de forma que, sempre que possível, deverá ser procedida anteriormente a oitiva, uma vez que a concessão da tutela repercute na esfera jurídica do réu.

Fredie Didier Jr. refere, sob outro aspecto, a necessidade de devida justificação dos motivos que levaram a postergação da análise do requerimento liminar, nos casos em que verificada a necessidade de contraditório prévio.<sup>207</sup>

Em análise à liminar no âmbito cautelar, Araken de Assis afirma inexistir incompatibilidade radical e definitiva entre a urgência e o respeito ao contraditório assegurado constitucionalmente, uma vez que a concessão de cautelar sem prévia audiência do réu constitui exceção, e não regra, ainda que o art. 9º, parágrafo único, I, ressalve o prévio debate a tutela provisória. O autor critica, ainda, a redação do art. 300, § 2.º, do NCPC, que, na sua concepção, não se revela muito feliz, porquanto induz a duas falsas impressões: a de que a liminar é um provimento que, essencialmente, torna prescindível a audiência do réu e a falsa ideia de que o provimento do juiz após justificação prévia não constitui liminar. Assim, deixa-se de considerar a existência das três espécies de liminar apontadas pelo autor: i) a liminar *inaudita altera parte*; ii) a liminar após justificação prévia; iii) liminar após contraditório horizontal pleno, ou seja, após a citação do réu.<sup>208</sup>

Na concepção de Alexandre Freitas Câmara, a concessão de tutela provisória *inaudita altera parte* 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)”, assim como constitui uma das normas fundamentais do CPC (arts. 9º e 10). Ressalta o autor que tal norma encontra-se em consonância com os preceitos constitucionais, razão pela qual não deve ser utilizada como mecanismo obstativo do pleno acesso à justiça.<sup>209</sup>

<sup>205</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, p. 47.

<sup>206</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 155.

<sup>207</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op.cit.* 2016, p. 593.

<sup>208</sup> ASSIS, Araken de. *Op.cit.* 2015, p. 1577.

<sup>209</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 143.



Cabe ressaltar que nos casos em que há a concessão de tutela cautelar sem a oitiva da parte contrária, a doutrina entende que – embora possa ser considerada uma exceção à regra geral do contraditório prévio, como visto - não há violação ao princípio do contraditório, mas tão somente o fenômeno denominado “postecipação do contraditório”<sup>210</sup> ou “contraditório diferido” no tempo<sup>211</sup>, o qual é possível, segundo entendimento dos doutrinadores referidos, quando o dano ou o ilícito podem ocorrer imediatamente ou antes de se proceder à oitiva do réu, assim como nos casos em que a própria concessão de prazo para o réu se manifestar poderá ocasionar a frustração da tutela, como nos casos de *suspicio de dilapidatione bonorum* de fuga, ou seja, quando o réu, ciente da constrição que poderá haver em algum objeto de seu patrimônio, opta por desfazer-se deste, prática bastante comum. Tal entendimento encontra amparo na obra de Jaqueline Mielke da Silva,<sup>212</sup> assim como no posicionamento de Daniel Mitidiero.<sup>213</sup>

Assim, não há, de fato, violação ao princípio do contraditório, mas tão somente a sua concretização em momento posterior e mais oportuno, quando as circunstâncias do caso assim o exigirem.

Com relação à justificação prévia, os autores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart apontam como adequada a utilização da audiência de justificação prévia para os casos em que é inadequada a oitiva do réu, o qual pode tornar a medida requerida ineficaz. Assim, tendo em vista que em tais circunstâncias o julgador deverá tomar a sua decisão levando em consideração tão somente os argumentos expostos pelo autor, em casos mais complexos, portanto, é recomendável que se exija a justificação, por parte do requerente, da situação fática apta a ensejar a tutela solicitada.

Embora, como regra geral, o ideal seja que a audiência de justificação prévia ocorra com a presença do réu, quando se trata de concessão de tutela cautelar *inaudita altera parte* – em casos excepcionais, conforme visto -, não há razão para que a audiência de justificação transcorra com a presença do réu. Ora, se há tempo hábil para a intimação do réu para o comparecimento à audiência de justificação prévia, da mesma forma haverá tempo para a sua oitiva, não sendo recomendável a concessão de cautelar *inaudita altera parte* em tais circunstâncias. Sob a mesma lógica, se a oitiva do réu poderá causar inefetividade à tutela cautelar, não há porque haver sua oitiva, tampouco o seu comparecimento nesta audiência, na

---

<sup>210</sup> Também denominado de contraditório diferido no tempo, como observa Sérgio Porto. In: PORTO, Sérgio Gilberto. *Op.cit.* 2010, p. 1.025.

<sup>211</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op.cit.* 2015, p. 97.

<sup>212</sup> SILVA, Jaqueline Mielke da. *Op.cit.* 2017, p. 89.

<sup>213</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017, p. 139.

qual certamente tomaria conhecimento do teor da tutela requerida. Assim, dispensa-se o comparecimento do réu em audiência de justificação prévia nas mesmas hipóteses em que é dispensada a sua oitiva antes da apreciação da tutela cautelar postulada.

Todavia, caso o réu tome conhecimento da ocorrência da audiência, entende-se não ser possível proibir a sua participação, a qual será de forma restrita, não podendo, portanto, arrolar testemunhas ou produzir provas – o que lhe será oportunizado na audiência de instrução-, mas tão somente rebater os elementos probatórios trazidos pelo requerente da medida.<sup>214</sup>

Em suma, a doutrina majoritária concebe, acertadamente, como excepcional o deferimento de tutela cautelar sem a oitiva da parte contrária, na medida em que “restringe o direito fundamental de defesa e que isto apenas tem legitimidade quando o direito fundamental de ação, sem a emissão da tutela, não pode encontrar efetividade no caso concreto.”<sup>215</sup>.

Em sentido oposto – que se entende, no presente trabalho, equivocadamente, em razão dos argumentos acima expostos e acolhidos –, da leitura do teor dos arts. 9º e 10 do NCPC, depreende Elpídio Donizetti que “quanto às tutelas provisórias, em qualquer uma de suas modalidades, a regra é que pode ser concedida antes mesmo de ouvir o demandado.”<sup>216</sup>

Portanto, há que se ressaltar que a escolha do magistrado, tanto pela realização do contraditório prévio, quanto pela sua postecipação, deverá ser adequadamente fundamentada. No primeiro caso, deverá o magistrado justificar a ausência de excepcionalidade capaz de conceder a tutela sem que antes seja ouvida a parte contrária, ao passo que, em sendo o caso de concessão de cautelar *inaudita altera parte*, deverá evidenciar os elementos de tal excepcionalidade. Registre-se, em tais circunstâncias – como se verá adiante – que o Novo Código de Processo Civil, de forma louvável, instituiu o dever de fundamentação, elencando seus critérios no parágrafo primeiro do artigo 489, como inerente às decisões judiciais.

Assim, a concessão de cautelar com base no poder geral de cautela encontra como limitações ao seu deferimento a observância, como regra, da possibilidade de manifestação da parte contrária, a qual somente deve ser excepcionada nos casos anteriormente referidos, sem descuidar do atendimento ao dever de fundamentação. Desse modo, não se verificando as

---

<sup>214</sup> SILVA, Jaqueline Mielke da. *Op.cit.* 2017, p. 92.

<sup>215</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 156.

<sup>216</sup> DONIZETTI, Elpídio. *Op.cit.* 2017, p. 533.

hipóteses excepcionais, não pode o magistrado deferir a tutela requerida – seja mediante o meio indicado pela parte, seja através de medida diversa daquela postulada – sem oportunizar à contraparte a possibilidade de defesa.

Insta salientar, por fim, que a possibilidade de deferimento de cautelar *inaudita altera parte* não se configura como sinônimo de concessão de cautelar sem a oitiva de ambas as partes da relação processual, sobre a qual se passa, no momento, a tecer considerações.

### 3.4.6 Inviabilidade da concessão de tutela cautelar de ofício

O artigo 797 do Código de Processo Civil de 1973<sup>217</sup> possibilitava “em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei” a determinação, pelo juiz, de medidas cautelares sem a oitiva das partes. O artigo em questão não possui versão correspondente na nova legislação, ficando o legislador silente quanto a esse aspecto, gerando entendimentos doutrinários contrapostos.

Sob a vigência do código anterior, tal matéria já era fruto de muitas controvérsias doutrinárias. Isso porque, em razão de sua redação dúbia, parte da doutrina entendia que os critérios eram cumulativos, e parte entendia que eram alternativos, podendo a tutela cautelar ser concedida nos casos previstos em lei, ou em casos excepcionais.<sup>218</sup>

Em tal contexto, Galeno de Lacerda entendia pela possibilidade de concessão de tutela cautelar de ofício, de forma a afastar qualquer possibilidade de contraditório e da aplicação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, nas circunstâncias em que restasse verificada a existência de interesse público em conflito<sup>219</sup>, ainda que abstrato.<sup>220</sup> Assim, os atos de direção ou ordenação da tutela direta<sup>221</sup> são incumbidos aos julgadores, inclusive de ofício, no poder-

<sup>217</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 9 dez 2017.

<sup>218</sup> No sentido da consideração de tais critérios como alternativos, ao argumento de que pensar como critérios cumulativos seria violar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional disposto do no Art. 5º, XXXV, da CF/88: RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, p. 153.

<sup>219</sup> Em acolhimento a tais ideias, é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op.cit.* 2001, p. 286.

<sup>220</sup> LACERDA, Galeno. *Op.cit.* 1999, p. 79.

<sup>221</sup> Nesse sentido: PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.MEDIDA CAUTELAR. **PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO. INAPLICABILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. TUTELA DA EFICÁCIA DO PROCESSO. ART. 798 DO CPC.DECISÃO MANTIDA.** 1. O poder geral de cautela, positivado no art. 798 do CPC, autoriza que o magistrado defira medidas cautelares ex officio, no escopo de preservar a utilidade de provimento jurisdicional futuro. 2. Não contraria o princípio da adstrição o deferimento de medida cautelar que ultrapassa os limites do pedido formulado pela parte, se entender o magistrado que essa providência milita em favor da eficácia da tutela jurisdicional. 3. No caso, **a desconsideração da personalidade jurídica foi decretada em caráter provisório, como medida acautelatória.** Dessa forma, a aventada insuficiência probatória do suposto abuso da personalidade jurídica não caracteriza ofensa ao art. 50 do Código Civil vigente. 4. Agravo regimental a que se

dever a eles inerentes, de forma a tornar “secundários e não-essenciais os possíveis pedidos dos sujeitos da relação processual.”<sup>222</sup>

Ainda, o autor realizou crítica relativa à larga invocação do princípio dispositivo - positivado, na legislação vigente, no art. 2º do CPC/2015<sup>223</sup> -, nos seguintes termos:

A doutrina tradicional incide em equívoco manifesto ao reduzir o processo civil ao só império do princípio dispositivo, subordinando, em consequência, o poder do juiz à vontade dos interessados. (...) No direito civil, pense-se nas relações com incapazes, nas de família, nas testamentárias, recorde-se o direito falimentar, o agrário, o administrativo, o tributário, o previdenciário, o desvelo pelo menor abandonado, verificar-se-á que nestes vastos setores do direito público ou de ordem pública, a que serve também o processo civil, o princípio dispositivo submerge, no todo ou em parte, pela própria natureza dos interesses indisponíveis. Na medida em que isso corre, cresce, a toda evidência, o poder-dever no juiz agir de ofício.<sup>224</sup>

Já para Sydney Sanches, também à luz do Código de 1973, o poder geral de cautela somente seria cabível nas medidas provocadas por parte do interessado, excetuando-se os casos excepcionais, em que a lei prevê expressamente a possibilidade de atividade cautelar *ex officio*, nas quais seria cabível a atuação do juiz sem provocação das partes, ou nos casos em que verificado qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça.<sup>225</sup>

De modo semelhante, era o pensamento de Marcus Vinicius Sampaio, a quem, nos casos de interesse público, como a proteção da prole, seria possibilitada a atuação de ofício – sustentada em razão da função pública do juiz, como forma de realização de direitos individuais e preservação do equilíbrio e ordem jurídica, social, econômica e política, na visão do autor -, de modo que não há riscos em razão desse amplo poder, uma vez que tais medidas

---

nega provimento. (AgRg no AREsp 429.451/RJ, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 09/09/2014, publicado no DJ em 18/09/2014).

PROCESSO CIVIL. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES. MEDIDA CAUTELAR. PODER GERAL DE CAUTELA. LIMITES. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 128, 460 E 798 DO CPC. 1. Ação ajuizada em 01.01.2003. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 03.08.2011. 2. Recurso especial em que se discute se a sentença é ultra petita e se houve a perda de objeto da ação. 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes. 4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes. 5. O art. 798 do CPC confere ao Juiz ampla liberdade no exercício do poder geral de cautela, não ficando ele adstrito, quando examina pedido cautelar, ao princípio dispositivo traçado pelas partes. 6. Nada impede o Juiz de, com base no poder geral de cautela, determinar de ofício a adoção de medida tendente a garantir a utilidade do provimento jurisdicional buscado na ação principal, ainda que não requerida pela parte. 7. Recurso especial provido. (REsp 1255398/SP, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/05/2014, publicado no DJ em 30/05/2014)

<sup>222</sup> LACERDA, Galeno. *Op.cit.* 1999, p. 80.

<sup>223</sup> CPC/2015: Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 9 dez 2017.

<sup>224</sup> LACERDA, Galeno. *Op.cit.* 1999, p. 81.

<sup>225</sup> SANCHES, Sydney. *Op.cit.* 1978, pp. 135-136.

ficavam sujeitas a toda sorte de meios recursais, inclusive podendo haver a utilização do remédio constitucional do mandado de segurança.<sup>226</sup>

Ainda no contexto da legislação anterior, Victor Bomfim Martins entendia que a possibilidade de decretar medidas de ofício, além daquelas previstas em lei, tinha o intuito de resguardar a efetividade jurisdicional, tornando-se, portando, uma forma de concretização do poder-dever de cautela do magistrado, uma vez que o julgador não poderia deixar passar *in albis* “situação perigosa para a efetividade do exercício da jurisdição.”<sup>227</sup>

Consoante posicionamento de João Batista Lopes, à luz do CPC anterior, em que pese a regra geral fosse de não haver a concessão de tutela cautelar de ofício, o juiz não deveria se satisfazer com a “direção formal do processo”, devendo atuar, também, munido dos poderes inerente à “direção material do processo”, de modo que, em casos de interesse indisponível, direito público ou de ordem pública, no Direito de Família, ou em casos envolvendo incapazes ou menores abandonados, deverá o julgador atuar de ofício.<sup>228</sup>

À luz da legislação anterior, Leonardo Ferres entendia que a atuação de ofício seria viável nos casos em que a jurisdição estivesse em risco, considerando o escopo da tutela cautelar de resguardo do processo, mas também nos casos em que fosse “necessária para garantir a efetividade da tutela jurisdicional do direito material”, uma vez que a tutela cautelar também está relacionada à proteção do direito material em jogo.<sup>229</sup>

Já no código atual, ainda assim o autor defende a possibilidade de concessão de tutela cautelar de ofício, porquanto “está umbilicalmente ligada ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”<sup>230</sup>, podendo, portanto, ser concedida em casos excepcionais sem a oitiva das partes.

Nessa mesma linha, alegando a excepcionalidade da concessão da tutela cautelar de ofício, inclusive à luz do CPC de 2015, equivocou-se Daniel Amorim Assumpção Neves, quanto ao conceito de poder geral de cautela, uma vez que neste não está sequer implícito, à luz da legislação atual, a possibilidade de concessão de medidas cautelares sem a manifestação das partes.<sup>231</sup>

Fredie Didier, em sua obra “Breves Comentários ao Novo CPC 2015, refere adequadamente que “ao tempo em que se admitia a prestação de tutela cautelar de ofício, pressupunha-se que a sua concessão não prestava tutela ao direito da parte, sendo apenas

<sup>226</sup> SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *Op.cit.* 1993, p. 152-158.

<sup>227</sup> MARTINS, Victor A. A. Bomfim. *Op.cit.* 1996, p. 310.

<sup>228</sup> LOPES, João Batista. Medidas Cautelares Inominadas. **Revista dos Tribunais**, v. 605, 1986, p. 12-19, p. 4-5.

<sup>229</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, p. 155.

<sup>230</sup> Idem, p. 156.

<sup>231</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op.cit.* 2017, p. 509.

providência no interesse do processo – e, portanto, ligada exclusivamente ao interesse público”.<sup>232</sup> Contudo, o autor entende deva ser considerada a necessidade de requerimento das partes, face à regra da congruência, a qual deve ser excepcionada, no seu entender, nos casos de pedidos implícitos, de fixação de alimentos provisórios em ação de alimentos, ou em determinadas circunstâncias, no intuito de evitar o perecimento do direito.

Os autores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, por sua vez, ao comentarem a respeito do teor do art. 297 do Novo Código, fazem a ressalva de que o magistrado pode determinar as medidas adequadas para a efetivação da tutela provisória, fazendo a ressalva de que isso deverá ser feito “logicamente que após ouvidas as partes.”<sup>233</sup> No mesmo sentido, é o entendimento de Jaqueline Mielke da Silva, face ao princípio da inércia, em razão do qual a tutela deverá ser sempre requerida por uma das partes.<sup>234</sup> No caso em questão, cabe destacar que a concessão de tutela cautelar de ofício não se confunde com a concessão de tutela requerida e deferida sem a oitiva da parte contrária, a qual, como anteriormente analisado, somente poderá ocorrer em casos excepcionais.

Há que se ressaltar que o teor do parágrafo primeiro do art. 300<sup>235</sup>, antes mencionado, a partir do qual se possibilita ao magistrado o poder de determinar contracautela, trata-se de excepcionalíssima hipótese de cautelar de ofício.

Diante de tal contexto, acertado o posicionamento doutrinário no sentido da vedação à concessão de tutelas cautelares de ofício.

O artigo 10 do NCPC [“O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”<sup>236</sup>], ao instituir o que a doutrina passou a chamar de Princípio da Não Surpresa, pode contribuir para uma adequada resolução da controvérsia acerca da possibilidade de concessão de tutela cautelar de ofício no novo código.

---

<sup>232</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Op.cit.* 2015, p. 726.

<sup>233</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 104.

<sup>234</sup> SILVA, Jaqueline Mielke da. *Op.cit.* 2017, p. 61.

<sup>235</sup> CPC/2015: Art.(...) § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 7 dez 2017.

<sup>236</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 4 dez 2017.

Isso porque, embora o código tenha ficado silente quanto a esse aspecto, o Princípio da Não Surpresa é aplicável inclusive para as matérias que podem ser decididas de ofício – o que não é o caso da tutela cautelar.

É de se ressaltar, ainda, que a exceção constante do art. 9º, parágrafo único, I, do NCPC<sup>237</sup>, já referida anteriormente, além de ser aplicada a casos específicos, restringe-se à concessão sem oitiva da parte contrária, não se referindo à dispensa de prévia oitiva de ambas as partes, a qual se configura como concessão de tutela de ofício.

Ademais, outro argumento para a não concessão de tutela cautelar de *ex officio* reside, não somente no princípio dispositivo, mas também na própria responsabilidade objetiva em razão dos prejuízos que a efetivação da cautelar causa à parte adversária, positivada no art. 302 no CPC/2015<sup>238</sup>, de modo que parece carecer de qualquer razoabilidade a responsabilização objetiva – ou seja, desprovida de qualquer comprovação de culpa ou dolo – da parte que se beneficiou da medida se esta sequer foi requerida, sendo concedida à liberalidade do julgador.

Nesse contexto, Marcus Vinicius Sampaio, considerando o CPC anterior, defendia a possibilidade de o juiz arcar – em razão de responsabilidade subjetiva, calcada na culpa ou no dolo - com os prejuízos derivados da providência cautelar deferida de ofício.<sup>239</sup> Contudo, há que se atentar a ausência de aplicação, na prática, de tal entendimento. Ademais, sendo possibilitado – não se tratando, portanto, de norma de caráter obrigatório - ao juiz deferir medida cautelar de ofício, parece lógico crer que a ciência de sua eventual responsabilização certamente funcionaria como forma de dissuadir a utilização de tal faculdade.

Já para Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, há duas hipóteses possíveis quanto à responsabilização em medidas decretadas de ofício: i) o prejudicado pela medida deveria ser ressarcido pelo Estado (decorrência de responsabilidade objetiva); ii) se o beneficiário da medida obteve ganho econômico com o seu deferimento, ainda que não a tenha requerido, deverá responder na proporção de seu ganho.<sup>240</sup>

<sup>237</sup> Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência;. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 7 dez 2017.

<sup>238</sup> CPC/2015. Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 7 dez 2017.

<sup>239</sup> SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *Op.cit.* 1993, p. 201.

<sup>240</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op.cit.* 2015, p. 76.

Sob esse aspecto, novamente, parece carecer de razão a concessão de tutelas cautelares de ofício. Isso porque a responsabilização do Estado não resultaria em reparação do prejudicado condizente com a noção de duração razoável do processo, dado o considerável transcurso de tempo necessário para tanto. Para a segunda hipótese, ainda que tenha o beneficiário da medida auferido benesses com o seu deferimento, não parece razoável impor a sujeição a tal responsabilização, sendo o ideal dar oportunidade, em momento prévio ao deferimento, para este se manifestar quanto à tutela.

Ademais, embora não seja o entendimento adotado pelo legislador, uma leitura sistemática do CPC, consoante refere Fredie Didier<sup>241</sup>, possibilitaria o acolhimento da ideia de direito subjetivo à cautela, o que, de certa forma, limitaria a concessão de tutelas cautelares de ofício, na medida em que a tutela cautelar deixa de ser concebida como forma de manifestação do *imperium* do Estado.

É de se ressaltar, ainda, o teor do artigo 6º do NCPC<sup>242</sup>, nos seguintes termos: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

A partir de tal redação, o Novo Código de Processo Civil estabelece como uma de suas diretrizes a noção de cooperação, a qual não se restringe entre a relação dialógica entre as partes, mas também inclui o próprio julgador, que não pode se colocar em posição isolada e arbitrária com relação às partes.

Nesse sentido, oportuna a menção ao entendimento de Fabrício Dani de Boeckel:<sup>243</sup>

O processo não é e nem pode ser um monólogo ou ainda a soma de três monólogos paralelos: um do juiz, outro do autor e um último do réu, cada um deles seguindo livremente um caminho dissociado dos demais. Isso poderia receber qualquer rótulo, menos o de um procedimento marcado substancialmente pela dialeticidade e pelo contraditório.

Daniel Mitidiero, ao mencionar acerca da tutela antecipada de ofício, refere como solução a possibilidade de consulta à parte, a fim de confirmar se é de seu interesse ou não se beneficiar da medida, mormente se considerado o regime de responsabilização objetiva que lhe é inerente, nos termos do art. 302 do CPC. Segundo o autor, oportunizar a manifestação da

<sup>241</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op.cit.* 2016, p. 607.

<sup>242</sup> Acesso em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Disponível em: 9 dez 2017.

<sup>243</sup> BOECKEL, Fabrício Dani de. *Op.cit.* 2015, p. 36.



parte seria uma forma de equilibrar a iniciativa judicial, de forma a promover a igualdade entre as partes, harmonizando-se, ainda, com o princípio de cooperação referido.<sup>244</sup>

Assim, entendendo o Magistrado pela necessidade de concessão de determinada tutela não requerida pela parte, cabível a abertura de prazo para manifestação da parte quanto ao seu interesse, o que se coaduna com a noção de resguardo, pela tutela cautelar, não somente do processo, mas também do direito material que nele se busca efetivar.

Importante ressaltar que, em se tratando de medida deferida sob o manto do poder geral de cautela, isto é, sem previsão minuciosa de seus requisitos na lei, com mais razão ainda deverá haver a vedação à concessão de tutela cautelar de ofício, a fim de que se evite arbitrariedades do julgador ou o deferimento de medidas que não guardem pertinência com o direito que se pretende resguardar.

### **3.4.7 Poder geral de cautela em face de atos do Poder Público ou contra a Fazenda Pública**

O Novo Código de Processo Civil, em seu livro complementar, denominado “Disposições Finais e Transitórias” estabelece, em seu art. 1.059, a aplicação do disposto nos arts. 1º a 4º da Lei no 8.437/1992<sup>245</sup>, e do art. 7º, § 2º, da Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Nesse contexto, importa esclarecer que a Lei n. 8.437/1992 refere-se às medidas cautelares contra o Poder Público, ao passo que a Lei n. 12.016/2009, ao mandado de segurança.

Relativamente à tutela cautelar, hão de ser observados os seguintes dispositivos (destaques atuais):

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

<sup>244</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017, p. 110.

<sup>245</sup> Acerca de tal lei, interessante citar o posicionamento de Teori Zavascki, no sentido de que, ao impor limites à concessão de medidas cautelares contra a Fazenda Pública, de forma implícita, o legislador acabou por reconhecer a possibilidade, ainda que de modo restrito, da concessão de medidas antecipatórias de direito material inseridas no âmbito do poder geral de cautela. Nesse sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Op.cit.* 1996, p. 45.

§2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado

§5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários

Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Art. 3º O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que **importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.**

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, **em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.**

Diante do teor dos artigos acima transcritos, evidente a intenção do legislador em restringir a concessão de liminares em desfavor do Poder Público. Com relação às cautelares, tal intuito se mostra claro em razão da vedação ao deferimento de cautelares liminares, quando a situação dos fatos não for apta a ser amparada pela via do mandado de segurança – o qual requer direito líquido e certo – bem como em razão da extensão do efeito suspensivo aos recursos movidos em face de decisões contra o Ente Estatal, nos casos em que se trate de adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, bem como nos casos de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, assim como, do mesmo modo, no intuito de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Nesse sentido, limitar a concessão de liminares cautelares aos casos em que preenchidos os requisitos do mandado de segurança, implica conferir requisito mais rigoroso à tutela provisória, que, em sua natureza, requer a presença de elementos que atestem a probabilidade de determinada circunstância, e não a certeza e a liquidez de determinado direito.

Nesse contexto, ainda, é evidente a intenção do legislador de beneficiar a Fazenda Pública, dada a vagueza dos conceitos de “interesse público” e de “flagrante ilegitimidade”, o que, nas palavras de Leonardo Ferres Ribeiro, representa “uma odiosa desigualdade e uma ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”.<sup>246</sup>

<sup>246</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, p. 252.

Nesse sentido, no entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, o teor do art. 1.059 do CPC, anteriormente referido, “representa o viés autoritário da maioria parlamentar que o aprovou”<sup>247</sup>, porquanto mediante tal dispositivo, buscou-se mitigar a noção de concessão de tutela justa e efetiva para os casos em que a Fazenda Pública se encontre na condição de ré, além de retirar o poder de o Judiciário analisar, à luz do caso concreto, a necessidade de concessão de tutela de urgência. Ademais, interessante o argumento trazido pelos autores de que tal disposição se contrapõe frontalmente ao próprio monopólio estatal da jurisdição, a partir do qual o Estado impôs aos particulares a vedação à autotutela. Assim, parece contrassenso o Estado - que tem o dever de conceder a tutela de modo justo e efetivo aos seus jurisdicionados - criar meios de limitar a efetividade de reivindicação que o particular alega ter em face da própria Fazenda Pública.

Tal posicionamento coaduna-se com a visão de Daniel Mitidiero, no sentido de que as vedações à tutela de urgência importam em grave ofensa à noção de adequada tutela jurisdicional e à paridade de armas no processo civil (arts. 5º, I, CF e art. 7º, do CPC), o que contraria frontalmente o Estado Constitucional, calcado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e na noção de concessão de tutela efetiva (art. 5º, XXXV, CF).<sup>248</sup>

Fernando Fonseca Gajardoni aponta a existência de decisões do STF nesse sentido, afirmando caber ao juiz, a partir de uma análise do caso concreto, e em casos extremos, afastar a aplicação de tal restrição, a bem da tutela dos direitos.<sup>249</sup> Insta salientar que tal entendimento já restava consolidado à luz do código anterior, consoante se verifica a partir do julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4,<sup>250</sup> julgada em 1998.<sup>251</sup>

<sup>247</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 165.

<sup>248</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017, p. 193.

<sup>249</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op.cit.* 2010, p. 541.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR INOMINADA. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO – ENOXAPARINA 400 MG - PARA TRATAMENTO DE TROMBOSE VENOSA EM GESTANTE, CONFORME PRESCRIÇÃO MÉDICA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR SATISFATIVA EM DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA. PRECEDENTES DO STJ. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROTEÇÃO À SAÚDE. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADO. ART. 196, DA CF/88. RECURSO NÃO PROVIDO. I - A assistência à saúde é direito de todos garantido constitucionalmente, devendo o Poder Público custear os medicamentos e tratamentos aos necessitados. Inteligência do art. 196, da CF. Havendo prova inequívoca da necessidade de uso do medicamento prescrito pelo médico, não se justifica qualquer obstáculo para o seu fornecimento. II – RECURSO NÃO PROVIDO. (Agravado de Instrumento, Número do Processo: 0021762-04.2016.8.05.0000, TJBA, 1ª Câmara, Rel. Des. Maria de Lourdes Pinho Medauar, publicado em: 14/02/2017).

<sup>250</sup> AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: "Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de

Nesse mesmo sentido, Fredie Didier constata, a partir de julgados, “que a proibição de tutela provisória não é absoluta e pode ser relativizada à luz das circunstâncias do caso concreto.”<sup>252</sup> Ademais, ao referir a vedação à concessão de tutela provisória em ação possessória contra o Poder Público, sem a sua prévia oitiva (nos termos do art. 562, parágrafo único, do CPC), ou, em qualquer situação, nas ações que se referem à liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira, nos termos do art. 1º da Lei 2.770/1956 ou que visem à certificação de compensação tributária, manifesta o caráter “escancaradamente inconstitucional” de tais dispositivos, em afronta ao devido processo legal e ao direito de efetivo acesso à justiça.<sup>253</sup>

---

1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.” 2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. n 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (“*fumus boni iuris*”). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do “*periculum in mora*”, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, “*ex nunc*”, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente “*ex nunc*”, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido. (MC na ADC 4, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 11/02/1998, publicado no DJ 21/05/1999).

<sup>251</sup> Posteriormente, em decisão datada de 1º de outubro de 2008, foi considerado constitucional o art. 1º da Lei 9.494, que regula a tutela antecipada. Nesse sentido: (AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – (...) INOCORRÊNCIA DE QUALQUER OFENSA, POR PARTE DA LEI Nº 9.494/97 (ART. 1º), AOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – LEGITIMIDADE DAS RESTRIÇÕES ESTABELECIDAS EM REFERIDA NORMA LEGAL E JUSTIFICADAS POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO À PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E À CLÁUSULA DE PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA – GARANTIA DE PLENO ACESSO À JURISDIÇÃO DO ESTADO NÃO COMPROMETIDA (...) AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE PARA CONFIRMAR, COM EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA GERAL E “EX TUNC”, A INTEIRA VALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ART. 1º DA LEI 9.494, DE 10/09/1997, QUE “DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA (ADC n. 4, STF, Rel. Min. Sydney Sanches, maioria, Plenário, julgado em 1.10.2008)

<sup>252</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op.cit.* 2016, p. 549.

<sup>253</sup> Idem, pp. 653-654.

Desse modo, os autores referidos são contundentes ao afirmarem que a lei não pode vedar o direito de postulação de tutelas de urgência, inclusive contra a Fazenda Pública, sob pena de se violar o direito fundamental à tutela jurisdicional justa e efetiva.

Ao realizar comentários sobre as mudanças legislativas, bem destaca Leonardo Greco: “Resta-me por fim lamentar que o legislador de 2015, (...) tenha sido obrigado a curvar-se às imposições antidemocráticas da Fazenda Pública e conservado, no art. 1.059, ao arripio do disposto no art. 5<sup>a</sup>, XXXV, da Constituição”, as proibições acima referidas.<sup>254</sup>

Em que pese as medidas constantes do teor do art. 7º, §2º da Lei n. 12.016/2009<sup>255</sup> (Lei do Mandado de Segurança) são de natureza essencialmente satisfativas e que, portanto, ensejariam antecipação de tutela, é de se destacar que, sob os mesmos fundamentos antes expostos, entendem os autores Marinoni e Arenhart entendem pela inconstitucionalidade de tal artigo.

Assim, consoante o entendimento doutrinário, com o qual se coaduna, em razão dos elementos destacados, não pode servir o teor do art. 1.059 do CPC de 2015, por si só, como limitação ao poder geral de cautela. A toda evidência, tal afirmação não significa a ampla liberdade de concessão de tutela cautelar em desfavor da Fazenda Pública, a qual, em tais circunstâncias, também deverá observar às limitações referidas neste trabalho, como o atendimento à noção de necessidade e ao dever de fundamentação, a vedação da concessão *ex officio*, dentre outras.

### 3.4.8 Poder geral de cautela e dever de fundamentação

Importante referir, ainda, que o deferimento da tutela cautelar deve observar não somente os requisitos dispostos no art. 300 do NCPC, quais sejam, a probabilidade do direito e o risco ao resultado útil do processo, mas também outros requisitos dispostos no mesmo código, como o artigo 489, §1º<sup>256</sup>, e seus incisos, dentre os quais há a vedação a decisões que

<sup>254</sup> GRECO, Leonardo. *Op.cit.* 2016, p. 208.

<sup>255</sup> O artigo em questão estabelece a vedação à concessão de liminares que tenham por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, assim como a concessão de aumento ou de extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm)>. Acesso em: 21 out 2017.

<sup>256</sup> CPC/2015: Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou

empreguem conceitos jurídicos indeterminados ou que invoquem fundamentos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. Nesse sentido, é de se ressaltar o considerável avanço propiciado pelo Novo Código de Processo Civil, que no artigo supra referido não alude tão somente às sentenças, mas também a qualquer outra modalidade de decisão judicial.

Assim, o código vigente impõe amplo dever de fundamentação ao juiz, não mais se admitindo decisões genéricas como “presentes/ausentes os requisitos autorizadores, concedo/indefiro o pedido liminar”. Decisões como esta, frequentemente comuns na prática forense, rechaçadas pela nova legislação, além de ferirem brutalmente os ideais de tutela justa e efetiva e segurança jurídica, contrariam frontalmente a ideia de princípio da isonomia e a garantia de acesso adequado à justiça, na medida em que decisões precariamente fundamentadas não se tratam de nada mais do que ausência de fundamentação.

Como bem acentua Antonio Janyr Dall’agnol Junior, a adequada explicitação das razões pelas quais se defere ou não medida de urgência é uma “exigência de processo que se pretenda democrático”<sup>257</sup>, de modo que o requisito da fundamentação somente restará preenchido se o juiz enunciar o motivo da presença ou não dos requisitos da tutela requerida.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, em seus comentários ao art. 298<sup>258</sup>, referem ser absurdo supor que uma decisão que concede ou denega uma tutela provisória não exija a mesma atenção da justificativa da sentença, porquanto é imprescindível o controle das decisões judiciais. Nesse sentido:

Isso obviamente não pode conduzir à ideia de que o juiz não pode ser controlado. A garantia da motivação das decisões tem relação com a necessidade de controle do juiz, que deve justificá-las não só para legitimar o exercício do seu poder perante a população, mas também para dar às partes o direito de compreendê-las e impugná-las perante os tribunais. Em outras palavras, aceitar uma decisão sem justificativa é o mesmo que impedir a adequada participação das partes e retirar a legitimidade do Poder Judiciário.

O juiz, ao valorar a credibilidade das provas, ao estabelecer a ligação entre as provas e os fatos e ao valorar as presunções e o conjunto probatório, submete o seu raciocínio a sistemas e critérios racionais, embora não possa explicá-los através da

---

enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3o A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 9 dez 2017.

<sup>257</sup> DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Meios de Enunciação e de Controle dos Provimentos de Urgência. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115.

<sup>258</sup> CPC/2015: Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 7 dez 2017.

lógica matemática. Tais critérios permitem-lhe decidir e justificar a sua decisão, embora muitas vezes necessitem da adição de outros, próprios ao método sistemático, como os da coerência e da congruência, capazes de também auxiliar na decisão judicial.<sup>259</sup>

Desse modo, é de se reiterar, não se pode considerar como decisão fundamentada aquela que refere tão somente “(in)defiro a tutela cautelar requerida, por (não) preenchidos os requisitos legais”. Nesse contexto, Marinoni e Arenhart citam alguns requisitos mínimos que devem constar na decisão, dentre os quais se inclui i) as razões que levaram o juiz a acreditar ou desacreditar na prova, ii) a conexão entre provas e fatos; iii) os motivos que levaram o magistrado ao estabelecimento ou não de uma presunção; iv) a consideração das regras de experiência que conduziram ao raciocínio do julgador.<sup>260</sup>

Assim, busca-se a possibilidade de que, através da justificativa se possa reconstruir o raciocínio que levou o julgador à determinada decisão. A decisão que concede a tutela cautelar, deve apresentar, em sua fundamentação, a convicção acerca da existência de probabilidade do direito da tutela que se intenta assegurar via tutela cautelar, assim como a convicção acerca da probabilidade de que um dano, se concretizado, venha a frustrar a efetividade da tutela final. Portanto, concluem os autores Arenhart e Marinoni no sentido de que “a motivação da decisão urgente deve ser tão racional quanto a da sentença, com a única diferença de que deve justificar apenas uma convicção de probabilidade.”<sup>261</sup>

Consoante sinala Daniel Mitidiero, o dever de fundamentação é decorrência lógica do Estado Constitucional, na medida em que se encontra estreitamente ligado ao contraditório efetivo e ao direito ao processo justo, de modo que, sem a presença de decisões devidamente motivadas, “a decisão judicial perde o seu próprio caráter jurisdicional, tendo em conta que a verdadeira diferença entre a norma e legislativa e a norma judicial é a imprescindibilidade da justificação que grava a última e vai dispensada quanto à primeira.”<sup>262</sup>

Complementa adequadamente o autor, ao afirmar que a decisão que concede ou denega tutela de urgência deve ser clara – ao bem relatar a questão e ao julgar de forma direta – e precisa, ao analisar os pormenores do caso concreto, sem a invocação de frases feitas que serviriam para amparar qualquer outra causa, sem ser precisa em nenhuma delas.<sup>263</sup>

Consoante verificado anteriormente os requisitos para o deferimento da tutela cautelar são os elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao

<sup>259</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 133.

<sup>260</sup> Idem, p. 134.

<sup>261</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 135.

<sup>262</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017, p. 171.

<sup>263</sup> Idem, p. 177.

resultado útil do processo. A toda evidência, incumbe ao magistrado o dever de fundamentar, de forma adequada, quais seriam tais elementos aptos a amparar a concessão da tutela, assim como deverá proceder no caso da não concessão, ao atestar os motivos da insuficiência de tais elementos.

Do mesmo modo, em caso de concessão de pedido diverso àquele requerido, incumbe ao julgador expor as razões pelas quais uma medida se mostra mais pertinente à finalidade do que a inicialmente requerida, assim como do mesmo modo deverá proceder caso entenda necessária a sua modificação no transcurso da relação processual, ou a sua revogação, com o apontamento da perda do preenchimento dos requisitos ensejadores da tutela cautelar.

Portanto, assim como ocorre nas demais decisões judiciais, independentemente do teor da decisão relativa à tutela cautelar, esta deverá ser fundamentada, de modo a evitar a utilização de conceitos vagos ou imprecisos, que seriam aptos a amparar qualquer entendimento. Ainda, sempre que houver manifestação da parte contrária, suas alegações também deverão ser sopesadas.

Tal dever, acertadamente imposto pelo Novo Código, além de constituir limite ao poder geral de cautela, é corolário dos princípios constitucionais da efetividade da justiça e da segurança jurídica, bem como constitui meio de averiguar se houve, de fato, a concessão de tutela justa e adequada ao caso concreto.

Há que se destacar que tal dever de fundamentação encontra-se ainda mais evidenciado com o poder geral de cautela, uma vez que, ao competir ao magistrado deferir determinada tutela, seja aquela requerida pela parte ou seja tutela diversa, não estando mais presentes no novo código, como havia na legislação anterior, amplas disposições acerca dos requisitos das então cautelares nominadas, mais atenta deverá ser a fundamentação do julgador, ao explicitar de forma detalhada as razões pelas quais determinada medida se amolda de modo mais adequado às exigências do caso concreto.

### **3.4.9 Outras limitações ao poder geral de cautela**

Além dos parâmetros norteadores do poder geral de cautela antes referidos, cumpre ressaltar a menção de outros limites citados pela doutrina, os quais serão objeto de breve referência no presente tópico.

Nesse contexto, mesmo sob a vigência do Novo Código de Processo Civil, Rennan Faria Krüger Thamay e Vinícius Ferreira de Andrade sustentam o caráter de subsidiariedade do poder geral de cautela em relação às medidas cautelares típicas, sendo, portanto, um poder



suplementar, de forma que “não há espaço para que a tutela seja refutada às medidas cautelares inominadas de modo peremptório pela previsão típica, sem a análise do caso concreto.”<sup>264</sup> Contudo, à luz do Novo Código vigente, tal entendimento parece carecer de respaldo, uma vez que vige a atipicidade, tanto dos meios executivos, quanto das medidas cautelares.

Leonardo Ribeiro menciona que “o instrumental do revogado Código de Processo Civil de 1973 servirá como parâmetro para distinguir a tutela cautelar mencionada no art. 301 do CPC/2015, mas não terá o condão de ressuscitar os requisitos específicos para a concessão de tais medidas”, devendo ser preenchidos tão somente os requisitos do art. 300 do NCPC.

Assim, ao contrário do CPC/1973, não mais se mostra necessária a utilização subsidiária das medidas cautelares atípicas, ou seja, restritas aos casos em que medida descrita em lei não teve seus requisitos preenchidos ou não se mostrou adequada a tutelar o caso concreto.

Ademais, embora os requisitos de determinadas medidas nominadas do CPC de 1973 possam servir de indicativo para o deferimento de determinada medida, o julgador não fica a àquelas vinculado, podendo deferir essas medidas mesmo quando não presentes tais requisitos, porém, restarem preenchidas as condições gerais tutela cautelar, dispostas no art. 300 do CPC/2015.<sup>265</sup> A título de exemplo, não se mostra necessário, para a concessão do arresto, o atendimento aos requisitos constantes do art. 813 e 814 do CPC de 1973<sup>266</sup>, bastando seja verificada a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, devendo o julgador, como visto, fundamentar acerca da adequabilidade da medida ao caso sob análise.

Em outro aspecto, Galeno Lacerda, em comentários ao CPC anterior, entende consistir vedação o deferimento, sob o manto do poder geral de cautela de transcrição, inscrição ou

<sup>264</sup> THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. *Op.cit.* 2016. p. 224.

<sup>265</sup> CARPENA, Márcio Louzada. *Op.cit.* 2005, pp. 170 e 171.

<sup>266</sup> Art. 813. O arresto tem lugar: I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;II - quando o devedor, que tem domicílio:a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente;b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas;IV - nos demais casos expressos em lei. Art. 814. Para a concessão do arresto é essencial: I - prova literal da dívida líquida e certa; e II - prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente. Parágrafo único. Equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença líquida ou ilíquida, pendente de recurso ou de homologação, condenando o devedor no pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 9 dez 2017.

modificações em registros públicos.<sup>267</sup> Contudo, tal entendimento também não se mostra aceito na jurisprudência<sup>268</sup>, mormente porque, em diversos casos, a realização de averbação de inscrição relativa à existência de determinada demanda, em registro de imóvel, mostra-se como uma forma de dificultar a venda de bem objeto da demanda, ou de dissuadir o esvaziamento patrimonial do demandado.<sup>269</sup>

Outras limitações citadas doutrinariamente dizem respeito à impossibilidade de satisfazer qualquer direito ou pretensão, a impossibilidade de antecipação de decisão sobre o direito material<sup>270</sup>, a vedação a providências que, mesmo se o requerente vencesse a demanda principal, não teria direito de lhe serem concedidas<sup>271</sup>, bem como o deferimento de medidas satisfativas sob condição de posterior reposição ou medidas que não possam ser aplicadas em execução de sentença em ação satisfativa, como o restabelecimento de vida conjugal. É de se notar, nesse sentido, que tais medidas limitadoras dizem respeito à vedação da satisfatividade, tratada anteriormente.

Outro limite adequado, mencionado por Rennan Faria Krüger, Vinícius de Andrade e Victor Bomfim Martins, reside na vedação de deferimento de cautelar tendente a que a parte contrária não ingresse ou não execute decisão transitada em julgado, a qual constitui em flagrante ofensa ao exercício do direito de ação (art. 5º, inc. XXXV, da CF).<sup>272</sup>

---

<sup>267</sup> LACERDA, Galeno. *Op.cit.* 1999, p. 113.

<sup>268</sup> PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE COISA JULGADA. VIOLAÇÃO DO § 3º DO ART. 267 DO CPC NÃO CONFIGURADA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. AVERBAÇÃO DA DEMANDA NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. LEGALIDADE. DIREITO DOS CONSUMIDORES À INFORMAÇÃO E À TRANSPARÊNCIA. PODER GERAL DE CAUTELA. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obstar a construção de empreendimento imobiliário de grande porte em Área de Preservação Permanente situada em Jurerê Internacional, sem licenciamento do Ibama. O acórdão recorrido limitou-se a manter decisão liminar que determinou a averbação da demanda no cartório de registro de imóveis. (...) 9. Na hipótese, a averbação serve para tornar completa e adequada a informação sobre a real situação do empreendimento, o que se coaduna com a finalidade do sistema registral e com os direitos do consumidor. 10. Ademais, tal medida está legitimada no poder geral de cautela do julgador (art. 798 do CPC), que, a par da decisão liminar, considerou-a adequada para assegurar a necessária informação dos adquirentes acerca do litígio existente. 11. Recurso Especial não provido. (REsp 1161300/SC, STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22.2.2011, publicado no DJ em 11.5.2011)

<sup>269</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO - CAUTELAR DE PROTESTO CONTRA A ALIENAÇÃO DE BENS - AVERBAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS E DEMAIS ÓRGÃOS PÚBLICOS - POSSIBILIDADE - PODER GERAL DE CAUTELA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Com base no poder geral de cautela, poderá o Magistrado deferir o pedido de realização do protesto contra alienação de bens, no registro de imóveis e demais órgão públicos, quanto houver legítimo interesse do requerente e não houver prejudicialidade efetiva da medida à parte adversa. (AI: 10079130593241001, TJMG, 11ª Câmara Cível, unânime, Rel. Des. Wanderley Paiva, julgado em 04/06/2014, publicado no DJ em 09/06/2014)

<sup>270</sup> SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *Op.cit.* 1993, p. 151.

<sup>271</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op.cit.* 2011, p. 7.

<sup>272</sup> THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. *Op.cit.* 2016, p. 227. MARTINS, Victor A. A. Bomfim. *Op.cit.* 1996, p. 222. CARPENA, Márcio Louzada. *Op.cit.* 2005, p. 165.

Ademais, o deferimento de qualquer tutela cautelar, sob o poder geral de cautela ou não, deverá guardar pertinência com eventual existência de coisa julgada material que com a causa guarde relação.<sup>273</sup>

Ainda, quanto aos efeitos, segundo Flávio Cheim Jorge, a concessão de tutela cautelar não prejudicar nem beneficiar terceiros. Já para Marcus Vinícius Sampaio, a tutela cautelar somente pode atingir terceiros em relação a uma situação de fato, e não de direito.<sup>274</sup> Nesse contexto, acertado o posicionamento de Sampaio, uma vez que, deferida medida de sequestro de determinado veículo, por exemplo, possível que tal medida gere efeitos negativos no plano fático, por exemplo, a terceiro interessado na sua aquisição.

Por derradeiro, limite de natureza salutar é defendido por Rodolfo Mancuso, relativo à não extrapolação das finalidades naturais e iminentes de tal modalidade de tutela jurisdicional<sup>275</sup>, o que guarda relação não somente com as normas constantes do Código de Processo Civil, mas também com os princípios constitucionais, razão pela qual, no próximo capítulo, será analisado o poder geral de cautela à luz de tais normas constitucionais.

---

<sup>273</sup> SANCHES, Sydney. *Op.cit.* 1978, p. 131.

<sup>274</sup> SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *Op.cit.* 1993, p. 149.

<sup>275</sup> In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op.cit.* 2011, p. 10.

Nesse sentido: LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. EXISTÊNCIA DE RECURSO PREVISTO EM LEI PROCESSUAL. UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR COMO SUBSTITUTIVO RECURSAL. DESCABIMENTO. LIMITES AO PODER GERAL DE CAUTELA. É inadmissível o uso da ação cautelar inominada como sucedâneo recursal quando há recurso próprio para a hipótese, o agravo de instrumento, para atribuir efeito suspensivo à apelação, forte no art. 558 do CPC, sendo cediço que o poder geral de cautela possui limites, não podendo criar situação de fato que corresponderia ao direito do solicitante, nem proteger direitos futuros, ou meras expectativas de direito, tampouco pode o magistrado, quando deferir cautelas inominadas, criar direito material estranho às normas reguladoras da lide principal, devendo ser indeferida a inicial no presente caso. Precedentes do TJRGS e STJ. Inteligência do artigo 267, I e VI, do CPC. Inicial indeferida. (Cautelar Inominada Nº 70067061929, 22ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, julgado em 27/10/2015).

#### 4 RELAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM OUTRAS NORMAS DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAIS

A legislação infraconstitucional está atrelada à supremacia da Constituição Federal, em processo que se deu, no Brasil, de forma mais nítida após a Constituição de 1988 do que em relação às anteriores, ainda que tal processo já tenha se iniciado, em outros países europeus, na metade do século passado, face ao temor desencadeado por históricos de regimes autoritários.<sup>276</sup> Assim, todo o ordenamento jurídico vigente deve ser concebido e interpretado à luz dos princípios constitucionais, em um mecanismo de “constitucionalização do processo”, que abrange não somente o processo civil, mas também as demais esferas, a partir do qual as normas processuais são interpretadas a partir de princípios e garantias constitucionais, como a dignidade humana.

Nesse sentido, é o entendimento de João Batista Lopes:

Esse método de estudo tem como ponto de partida e de chegada a própria Constituição Federal (LGL\1988\3), mas não se pode ignorar, à evidência, os princípios e regras do direito processual civil. Não se trata, pois, de esvaziar o direito processual civil, mas de estudá-lo à luz da Constituição para fazer atuar concretamente os valores da ordem jurídica.<sup>277</sup>

Galeno Lacerda relaciona o poder geral de cautela com os direitos fundamentais do homem, ao afirmar que tal poder pode servir de tutela para a consecução de tais direitos, sempre que desamparados de remédio específico de proteção.<sup>278</sup>

Na mesma linha de pensamento, interessante ressaltar a advertência feita por Humberto Theodoro Júnior: “a tutela cautelar não é remédio para assegurar a qualquer preço a eficácia do processo principal, ignorando liberdades e franquias protegidas pela Constituição.”<sup>279</sup> Tal posicionamento resta acolhido no presente trabalho, contanto sejam observadas as limitações anteriormente referidas.

Nesse contexto, em que pese alguns doutrinadores entendam que o poder geral de cautela não pode ser invocado como substitutivo de mandado de segurança, Galeno Lacerda entendia inexistir impedimento nesse aspecto, uma vez que o mandado de segurança não se

<sup>276</sup> LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. Revista de Processo. Vol. 116. pp. 29-39. **via RT online**, São Paulo, jul-ago. 2004, p. 1.

<sup>277</sup> Idem, p. 2.

<sup>278</sup> LACERDA, Galeno. *Op.cit.* 1999, p. 127.

<sup>279</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op.cit.* 2011, p. 8.

constitui como o único remédio processual no ramo do direito público, uma vez que o próprio assento constitucional do mandado de segurança decorre da necessidade de direitos fundamentais do homem.<sup>280</sup>

A relação do poder geral de cautela com o princípio da dignidade da pessoa humana também restou adequadamente delineada no artigo de Rennan Faria Krüger Thamay e Vinícius Ferreira de Andrade, nos seguintes termos:

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.<sup>281</sup>

No mesmo sentido, Leonardo Greco, ao tratar sobre o poder geral de cautela, refere a existência de dois limites intransponíveis, quais sejam: a dignidade humana<sup>282</sup>, e a impossibilidade de adoção de medida que importe deferimento de provimento que sequer poderia ser concedido em âmbito definitivo<sup>283</sup>, conforme referido anteriormente,

Ademais, cabe mencionar o teor do art. 8º do CPC<sup>284</sup>, no qual se revela a necessidade de atendimento, quando da aplicação das normas de processo civil, aos fins sociais e às exigências do bem comum, incumbindo ao juiz resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, de modo a observar a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. De se ressaltar que tal norma deverá ser aplicada em qualquer ato ou processo

<sup>280</sup> LACERDA, Galeno. *Op.cit.* 1999, p. 132.

<sup>281</sup> THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. *Op.cit.* 2016. p. 225.

<sup>282</sup> Nesse sentido: ADMINISTRATIVO. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO DE SAÚDE. FORTES EVIDÊNCIAS DAS IRREGULARIDADES APONTADAS. DECISÃO DO JUÍZO CRIMINAL. MEDIDA URGENTE. POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. SUPREMACIA DA PROTEÇÃO DAS PESSOAS. SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO IMPROVIDO. I - Impetração movida por clínica atuante na assistência à saúde de portadores de diversos distúrbios, contra ato prolatado por juiz criminal que, em atenção à representação formulada e às fortes evidências das várias irregularidades perpetradas aos pacientes, determinou a interdição do respectivo estabelecimento. II - A decisão foi pautada no poder geral de cautela do juiz (art. 798 do CPC/73), e na supremacia da necessidade de proteção à dignidade humana, principalmente em razão de envolver pessoas em estado de vulnerabilidade. III - A alegação de incompetência da autoridade judicial, dessa forma, não se sustenta. Ausente o alegado direito líquido e certo. IV - Recurso improvido. (RMS 48.065/SP, STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 18/04/2017, publicado no DJ em 27/04/2017)

<sup>283</sup> GRECO, Leonardo. *Op.cit.* 2016, p. 201.

<sup>284</sup> CPC/2015: Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 7 dez 2017.

da atividade jurisdicional, não comportando qualquer exceção, inclusive no que toca à tutela provisória, baseada ou não no poder geral de cautela.

Ainda, a tutela cautelar guarda relação com os princípios da efetividade da justiça, bem como se traduz em modo de garantir o direito de acesso à justiça.

Importante destacar, nesse sentido, que o processo se trata de uma constante busca de equilíbrio entre duas vetoriais: a segurança e a celeridade, as quais devem ser conciliadas à luz do caso concreto, de forma que se busque uma decisão que seja mais próxima da certeza, no menor transcurso de tempo possível.

Com relação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça, cabe referir que, em sua origem, tratava-se de direito natural, passando, com o transcurso do tempo, a avançar para a noção de direito público subjetivo individual, para só então alçar a condição de garantia fundamental, de forma a se constituir em um instrumento político e social para a promoção de uma ordem jurídica justa. Acerca do direito de acesso à jurisdição, adequadamente sinala José Roberto Bedaque dos Santos:

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo équo, correto, justo.<sup>285</sup>

Nesse contexto, o direito de ação deixou de ser o simples acesso ao Poder Judiciário, passando a trazer em si a concepção de direito à concessão de uma tutela justa e efetiva. Assim, não se trata de aspecto formal, da mera protocolização de uma petição e o direito de, estando preenchidas as condições da ação, ter o direito a uma decisão de mérito. Trata-se, de fato, da necessidade de, ao final do processo, ter condições materiais de efetivar o direito reconhecido pela Justiça.

No Estado Democrático de direito, a função jurisdicional é uma consequência do dever do Estado de assegurar a proteção de direitos. Nesse sentido, lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart:

Não há dúvida de que a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais. Isto não quer dizer, como é óbvio, que a jurisdição não se preocupe em garantir a idoneidade da defesa

---

<sup>285</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência. 3.ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 71.

ou a adequada participação do réu. O que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo. Sem ela seria impossível ao Estado não apenas dar tutela aos direitos fundamentais e permitir a participação do povo na reivindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão pública, mas sobretudo garantir a razão de ser do ordenamento jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção.<sup>286</sup>

Assim, a tutela cautelar atua no sentido de garantir a concretização do amplo acesso ao Poder Judiciário, não exercendo função preventiva, mas como forma de assegurar que tal acesso possibilite o verdadeiro alcance do direito material almejado pela demanda. De nada adianta, nesse contexto, a prolação de uma sentença favorável à determinada parte, se esta não puder ser concretizada, em razão de não zelar a jurisdição pela sua efetividade. Nesse sentido, é de extrema importância o poder geral de cautela, uma vez que por intermédio deste é possível estabelecer meios adequados para a futura concretização do direito material buscado.

A noção de efetividade do processo diz respeito não somente ao estabelecimento de meios adequados para a proteção da tutela, mas também com a existência de razoável intervalo de tempo transcorrido entre o ajuizamento da demanda e a concretização do direito reconhecido.

Existe, nesse contexto, o que a doutrina costuma chamar de tempo natural do processo, o qual não se trata de uma demarcação cronológica, mas sim de o transcurso de determinado lapso temporal, variável de acordo com a complexidade da demanda e o comportamento da parte e de seu julgador. Além disso, o processo não se constitui como elemento externo e isolado, não podendo deixar de se influenciar por elementos extrínsecos, bem como comportamentos sociais e de terceiros, além de possíveis alterações legislativas. Inexiste, assim, fórmula pronta, apta a conciliar segurança e celeridade. Nesse contexto, exsurge a necessidade das tutelas provisórias, as quais visam reequilibrar o fator “tempo”, seja por meio de técnicas assecuratórias (tutela cautelar), seja por meio de técnicas satisfativas (antecipação de tutela).

É de se notar que o procedimento comum está essencialmente mais atrelado à ideia de segurança jurídica, razão pela qual, cada vez mais se mostra, em determinadas circunstâncias, incapaz de tutelar de forma célere e eficaz os direitos, ao dar menor ênfase aos malefícios que possam advir pelo transcurso do tempo de tramitação dos processos judiciais, o que, em certa medida, não se compatibiliza com a ideia de concessão de tutela de forma justa e efetiva.

Nesse sentido, cabe colacionar o entendimento de Kazuo Watanabe referente à estreita relação de efetividade e tempo do processo:

---

<sup>286</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, p. 29.

O direito e o processo devem ser inerentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas matérias devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso.<sup>287</sup>

O direito fundamental à efetividade do processo compreende não somente o direito de acesso ao Poder Judiciário, mas também o direito de resposta deste Poder, em prazo adequado, mediante a prolação de decisão justa e apta a atuar de forma eficaz no plano dos fatos, consoante Teori Zavascki.<sup>288</sup>

Como bem salienta Fabrício Dani de Boecker, por efetividade não se entende o oferecimento de uma resposta aleatória, descompromissada com a ordem jurídica substancial, sob a justificativa de que houve a pronta solução do caso concreto, devendo, portanto, ser incluído elemento qualitativo, a fim de que se analise a congruência entre o resultado alcançado ao jurisdicionado e aquele ideal, que se buscou por intermédio do processo.<sup>289</sup>

Consoante mencionado anteriormente, na tutela de urgência é bastante evidente a tensão existente entre a segurança jurídica e a necessidade de efetividade do processo, uma vez que o decurso do tempo necessário para a concretização de uma cognição plena e exauriente pode tornar inefetivo o processo, mormente nos casos em que há o risco do perecimento do bem que se pretende alcançar com o processo.

É importante destacar que esse dever de prestação da tutela jurisdicional de forma justa e efetiva está relacionada ao fato de que o Estado trouxe como obrigação sua o monopólio jurisdicional, ao vedar a autotutela por seus indivíduos.

Cabe ressaltar, nesse contexto, a íntima relação entre a noção de concessão de tutela justa e efetiva com o poder geral de cautela, uma vez que este constitui meio de efetivação daquele, uma vez que a efetividade de determinada tutela somente é possível com a disposição de meios adequados, muitas vezes não previstos em lei, cujo deferimento deve ser orientado a partir de determinados critérios e limites, como alguns dos anteriormente mencionados no presente trabalho.

Ademais, atribuir ao processual civil a ênfase na concessão de tutela justa e efetiva, é, sem dúvida, priorizar a instrumentalidade do processo, como forma de garantir o efetivo

<sup>287</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 143.

<sup>288</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Op.cit.* 1996 p. 66.

<sup>289</sup> BOECKEL, Fabrício Dani de. *Op.cit.* 2015, p. 14.



acesso ao Poder Judiciário e valorizar a necessidade do atingimento de escopos sociais e políticos, de forma que o processo passa a adquirir, de fato, uma função social.

Nesse sentido, pertinente a afirmação de Jaqueline Mielke Silva, no sentido de que “a ideia de instrumentalidade do processo deve manter uma aproximação constante com a realidade social.”<sup>290</sup>

Não significa tão somente uma resposta judicial aos anseios sociais de forma mais rápida, mas também muito mais condizente com as demandas sociais e com maior capacidade modificativa da realidade social. Nesse sentido, revela-se ainda mais importante a adequada aplicabilidade das medidas processuais de urgência, porquanto de nada adianta o acesso fático ao Poder Judiciário, se ao final do processo (ainda que tenha transcorrido em um tempo dito razoável), não seja possível fazer com que aquela normal deduzida a partir dos fatos não possa ser aplicável à realidade social dos jurisdicionados, de forma a satisfazer os interesses legitimamente reconhecidos.

Além disso, cabe referir que, conforme preceitua Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, “não se pode deixar de fazer uma advertência que se evidencia pela boa doutrina nacional e estrangeira: a efetividade vai muito além da mera celeridade. Celeridade [...] é apenas um dos vários aspectos que compõe a noção de efetividade”<sup>291</sup>, de forma que se faz extremamente necessário conciliar a agilidade na prestação jurisdicional com o mínimo de segurança jurídica e atendimento das garantias fundamentais.

Relativamente à noção de duração razoável do processo, importa referir que tal princípio não se trata de uma norma impositiva dirigida aos membros do poder judiciário, mas sim de um princípio direcionador das condutas de tal entidade, mas também dos próprios litigantes, na medida em que estes devem também colaborar com a celeridade processual, de forma a evitarem práticas protelatórias, ou até mesmo requerer pleitos ou diligências que sabem não fazer jus ou que não serão necessárias ao deslinde da controvérsia.

Ademais, a noção de duração razoável do processo também guarda relação com a complexidade da demanda, não se podendo exigir que uma ação de improbidade administrativa ou de desapropriação tramite em tempo semelhante ao de uma ação indenizatória ou de cobrança.

Assim, as tutelas provisórias atuam, como já referido, justamente de modo a criar um equilíbrio entre a celeridade exigida em casos de urgência, e a necessidade de certeza para a resolução de forma justa e eficaz para as demandas.

---

<sup>290</sup> SILVA, Jaqueline Mielke da. *Op.cit.* 2017, p. 276.

<sup>291</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, p. 58.

É de salutar importância a cognição exauriente, com todas as possibilidades probatórias a ela inerentes, mormente pela possibilidade de concretização, de modo adequado, do contraditório e da ampla defesa, todavia, o Poder Judiciário não pode esquecer que durante o transcurso do processo, o mundo dos fatos permanece em constante estado de mutabilidade, razão pelo qual deve, na medida do possível, zelar pela efetividade do processo e do direito material por ele buscado, de modo a sanar os eventuais males que podem advir do tempo, mediante a instituição de técnicas antecipatórias e tutelas cautelares, configurando estas, portanto, em meios de concretização da efetividade processual. Assim, a duração razoável do processo, com respeito a todas as garantias inerentes ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, não raras vezes, pode redundar em graves danos ao direito material que se busca proteger e resguardar na lide. O respeito ao *iter* temporal – prolongado, por assim dizer – imposto pelo devido processo legal pode, em determinadas situações, traduzir-se em inefetividade da tutela jurisdicional.<sup>292</sup>

Ademais, é justamente o princípio da duração razoável do processo o responsável por sopesar a aplicabilidade dos demais princípios à luz do caso concreto. Em muitas circunstâncias, como nos casos da concessão de tutelas de urgência, pode haver o conflito entre os princípios do contraditório e da ampla defesa (previsto no art. 9º, caput, do CPC, com as exceções pontuadas em seu parágrafo único e incisos) e de outro lado, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da concessão da tutela de forma justa e efetiva. Assim, estando devidamente fundamentada a decisão que concede a tutela provisória, com o adequado atendimento aos requisitos do art. 300 e também do art. 489, §1º, do CPC, não se pode dizer que houve a mitigação dos princípios constitucionais, mas tão somente um ajuste temporal, com base na proporcionalidade e razoabilidade, a fim de que o contraditório seja oportunizado em momento posterior.

A tutela de urgência, conforme visto em capítulo anterior, também guarda relação com o princípio da proporcionalidade, o qual, ainda que não esteja previsto expressamente na Constituição Federal, possui aplicabilidade em todo o ordenamento jurídico, além de conter previsão no art. 8º do NCPC, antes referido.

Nesse sentido, as tutelas de urgência, a toda evidência, guardam relação com a concepção de proporcionalidade, na medida em que através desse princípio será possível verificar que, em determinadas circunstâncias, de caráter excepcional, será necessário sacrificar a segurança jurídica – obtida mediante uma cognição exauriente, após encerrada a

---

<sup>292</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op.cit.* 2016, pp. 63-64.

instrução processual – a fim de se resguardar outros valores envolvidos na lide, como a efetividade da tutela, caso ela seja, ao final do processo, reconhecida à parte autora. Como visto, deverá ser sopesado se o mal maior será causado à parte que pleiteia a tutela cautelar, caso ela não seja concedida, ou se será ocasionado ao réu, caso ao final do processo este seja reconhecido como vitorioso.

No âmbito constitucional, merece destaque, ainda, em relação ao processo civil, o princípio do devido processo legal, estabelecido no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, mediante o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>293</sup>. Tal princípio é subdividido em dois aspectos: o formal e o material. No plano formal, relacionado ao âmbito processual, o princípio em questão impõe a observância de diversas garantias, como o contraditório, o acesso à justiça e a concepção de duração razoável do processo. Já no plano substancial, o devido processo legal irradia seus efeitos para todos os campos do Direito. Nesse sentido:

A dupla perspectiva do *due process of law* mostra-se condizente com a realidade, porquanto processo e direito andam juntos; não se concebe o direito sem o instrumento para sua realização, nem tampouco o instrumento sem o direito. Uma interpretação do princípio do devido processo legal fulcrada tão somente no seu aspecto processual é caolha: o devido processo para ser legal precisa ser regular, mas também, conforme a lei, ou seja, conforme o direito (justo e legítimo).<sup>294</sup>

O devido processo legal, também, possui duas funções: a adjetiva – com ênfase ao viés negativo, que garante aos jurisdicionados a ideia de processo justo, de forma a limitar a conduta do governo, quando este tenta limitar a liberdade ou a fruição de seus bens por parte do particular – e a substantiva – a qual menciona as competências dos órgãos do Judiciário, a fim de afastar a aplicabilidade de leis ou de atos do governo que se constituírem em atos arbitrários, de forma a limitar a conduta dos agentes públicos.

Nesse contexto, as limitações ao poder geral de cautela referidas no capítulo anterior decorrem justamente da necessidade de qualquer espécie de atividade jurisdicional atender ao devido processo.

Nesse sentido, o dever de fundamentação às decisões decorre da exigência de concretização do direito à tutela justa e efetiva, bem como do próprio atendimento ao devido processo legal. Não há como verificar se a decisão foi justa e analisou todas as provas à

---

<sup>293</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 dez 2017.

<sup>294</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 53.

disposição se sequer mencionou a *ratio decidendi*. Do mesmo modo, a excepcionalidade – ainda mais realçada quando deferida a medida a partir do poder geral de cautela - da concessão de tutela cautelar *inaudita altera parte* é decorrência lógica da efetividade processual – de nada adianta ouvir a parte contrária se a sua oitiva importar em tutela final que não poderá ser alcançada àquele que tem direito -, ao passo que a regra da prévia oitiva de ambas as partes, além de efetivar o princípio da cooperação, constitui em forma de garantir o contraditório e a ampla defesa.

Assim, conforme exposto anteriormente, a tutela cautelar guarda relação com o princípio do contraditório que, - mencionado no art. 5º, LV, da Constituição Federal -, em seu sentido forte, abrange não somente o direito de ser cientificado de todos os atos processuais, mas também o direito de se manifestar e, de tal modo, influir nos atos decisórios e andamento do processo, razão pela qual deve ser observado em todos os tipos de processo e em todas as modalidades procedimentais, incidindo, também nas tutelas de urgência, com as ressalvas antes citadas.

A partir dos elementos expostos, em que pese parte da doutrina afirme que o Novo Código de Processo Civil tenha ampliado o poder geral de cautela do juiz, pode-se afirmar que em razão da noção de atipicidade dos meios executivos (disposto no art. 139, IV, do CPC, como visto anteriormente), bem como a supressão do capítulo relativo aos procedimentos cautelares específicos, houve tão somente o alargamento da utilização de tal poder pelos tribunais, o que se coaduna com a noção de concessão de tutela justa e efetiva, na medida em que a noção de efetividade guarda relação com a noção de adequação ao caso concreto.

Sob esse aspecto dos poderes do juiz, interessante a reflexão realizada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, nos seguintes termos:

Na verdade, aqueles que teme o juiz brasileiro com o poder necessário para bem cumprir a sua função partem de uma premissa – não revelada – não apenas preconceituosa, mas também ofensiva à Magistratura. Está por detrás do raciocínio que pretende ver o juiz amarrado a ideia de que a Magistratura brasileira não é suficientemente preparada para ter poder. Tal maneira de pensar não só é arbitrária, como também primária. Ora, se o juiz brasileiro, apenas em virtude da diferença entre a situação social do Brasil e a dos países europeus, não tem poder para aplicar um remédio essencial para a boa prestação da justiça, o médico brasileiro (apenas para tomar um exemplo) deveria estar impedido de utilizar instrumentos – que podem trazer riscos aos pacientes quando mal administrados e que, por isso, também supõem profissionais bem preparados – necessários para a manutenção da vida dos brasileiros.

Um juiz sem poder é um juiz sem responsabilidade social ou, pelo menos, com responsabilidade social limitada. O juiz pode tomar consciência da sua responsabilidade perante a sociedade quando tem poder. É claro que, nestas circunstâncias, também cresce a responsabilidade dos cursos preparatórios para o ingresso na Magistratura, que devem ser capazes de dotar os magistrados de

conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos que os esclareçam sobre o significado político da Magistratura e sobre a necessidade de uma postura crítica diante de uma sociedade que a cada dia se torna mais e mais rica em diversidades.<sup>295</sup>

Nesse sentido, o aumento de concessão de tutelas cautelares baseadas no poder geral de cautela – reitere-se, o que não significa acréscimo do poder conferido ao juiz – é decorrência do contexto político-social, no qual há a superveniência de novas demandas sociais. Desse modo, o Direito não pode ficar alheio a tais mudanças, arraigado na visão de que só há formas fixas de tutelar o direito da parte.

Importante, dado o cenário atual, que tal poder seja utilizado de forma pertinente. Nesse sentido, positiva a utilização do poder geral de cautela no intuito de assegurar a eficácia futura de direitos de determinados grupos e de direitos fundamentais individuais<sup>296</sup>, assim como com o objetivo de assegurar a plena eficácia das atividades instituídas como dever estatal<sup>297</sup>, tendência que se verifica em alguns julgados.<sup>298</sup>

<sup>295</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* 2016, pp. 163-165.

<sup>296</sup> TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR PARA IMPRIMIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. FUMAÇA DO BOM DIREITO NÃO EVIDENCIADA. BLOQUEIO DA ÚNICA CONTA BANCÁRIA DO CASAL. DISPONIBILIZAÇÃO DE QUANTIA MENSAL PARA MARIDO E MULHER IDOSOS. POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PERICULUM IN MORA INVERSO. AUSÊNCIA. (...) **2. Despontando dos autos quadro de severas dificuldades financeiras, resultante do bloqueio de ativos financeiros, lícito se faz ao Relator, com base no poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC e, sobretudo, tendo em mira a idade avançada do casal requerente, a natureza da medida constritiva a ele imposta (bloqueio da única conta bancária) e as diretrizes advindas do Estatuto do Idoso (art. 2º da Lei 10.741/03), determinar a disponibilização de quantia mensal aos cônjuges, enquanto remanescer o bloqueio judicial do numerário em favor da Fazenda Nacional.** (...) (AgRg na MC 25.053/SP, STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 24/11/2015, publicado no DJ em 10/12/2015)

<sup>297</sup> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. MEDIDA LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS. PODER GERAL DE CAUTELA (ART. 804 CPC). EXCEÇÃO AO ART. 17, § 7º, DA LIA. TUTELA ESPECÍFICA DE CARÁTER NÃO EXCLUSIVAMENTE SANCIONATÓRIO. VIABILIDADE. HISTÓRICO DA (...) 6. Nesse contexto, a liminar concedida pelo juízo de primeiro grau para proibir a demandada de receber novas verbas do Poder Público e com ele contratar ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios guarda relação de pertinência e sintonia com o ilícito praticado pela ré, sendo evidente o propósito assecuratório de fazer cessar o desvio de recursos públicos, nos termos do que autorizado pelos preceitos legais anteriormente citados. 7. Recurso Especial não provido. (REsp 1385582/RS, STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 01/10/2013, publicado no DJ em 15/08/2014)

<sup>298</sup> Nesse sentido: Direito Constitucional e Processual Civil. Mandado de Segurança. Repasse de duodécimos (CF/88, art. 168). Ato omissivo do Governador do Estado do Rio de Janeiro. Garantia da autonomia financeira e administrativa e da independência institucional do Poder Judiciário. (...) 2. Exercício do poder geral de cautela para paralisar a execução de qualquer medida restritiva nas contas do Tesouro do Estado do Rio de Janeiro e de suas autarquias determinada por autoridade judiciária distinta do STF. Direito Constitucional e Financeiro. Repasse de duodécimos até o dia 20 de cada mês como fundamento essencial para a permanência do Estado Democrático de Direito. Postulado da Separação dos Poderes. Lei orçamentária. Frustração de receitas. Dever legal de autolimitação dos Poderes (LC nº 101/2000, art. 9º, caput). (...) Possibilidade de, no caso concreto, proceder-se ao contingenciamento do recurso financeiro a ser repassado a título de duodécimos, resguardando-se a possibilidade de compensação futura no caso de a frustração orçamentária alegada não se concretizar. Presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Tutela de urgência parcialmente deferida. 1. O direito prescrito no art. 168 da CF/88 instrumentaliza o postulado da Separação de Poderes e, dessa perspectiva, institui um dos fundamentos essenciais para a permanência do Estado Democrático de Direito, impedindo a sujeição dos demais Poderes e órgãos autônomos da República a arbítrios e ilegalidades perpetradas no âmbito do Poder Executivo respectivo. (...) (MS 34483 MC, STF, 2ª Tuma, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/11/2016, publicado no DJ em 08/08/2017).

## 5 CONCLUSÃO

A tutela cautelar tem como escopo a mitigação dos efeitos, por vezes danosos, que o tempo decorrido para a tramitação do processo pode causar às partes, utilizando-se, para tanto, de juízos calcados na sumariedade, uma vez que a “certeza jurídica” requer considerável tempo para ser revelada. Nesse contexto, inegável, portanto, a finalidade constitucional da tutela cautelar de assegurar a futura concretização de princípios constitucionais de acesso à justiça e de efetividade processual.

Este fenômeno de percepção do processo a partir de princípios constitucionais, denominado de constitucionalização do processo, decorre de uma leitura sistemática do ordenamento jurídico, com vistas à sua unidade e à sua coerência. Nesse sentido, cabe salientar que as próprias “Normas Fundamentais do Processo Civil”, elencadas nos primeiros artigos do Novo Código de Processo Civil, sinalizam a necessidade de conciliação e leitura de suas normas a partir de uma visão constitucional.

Diante de tal perspectiva, não há mais como conceber a tutela cautelar como simples instrumento a serviço da atividade jurisdicional do Estado, uma vez que o Processo Civil, em sua nova roupagem, passa a ser voltado à noção de tutela dos direitos, devendo, portanto, haver o reconhecimento da existência de direito material à cautela, em acolhimento à ideia defendida por Ovídio Baptista da Silva. Como decorrência lógica desse contexto, não se pode admitir o poder geral de cautela como uma “norma em branco” conferida ao julgador, dotada de ampla liberalidade e discricionariedade.

Assim, a partir das considerações doutrinárias expostas no presente trabalho, bem como em razão da leitura sistemática da legislação processual e constitucional, conforme referido, não há como negar a necessidade da existência de limitações ao poder geral de cautela, cujos contornos e extensões foram pormenorizados no terceiro capítulo, dentre as quais se pode citar, exemplificadamente, a necessidade de atendimento às regras do meio idôneo e da menor onerosidade, a observância do dever de fundamentação, bem como do critério da proporcionalidade.

Na medida em que se concebe a tutela cautelar como forma de resguardar não somente o processo, mas também eventual direito material do requerente, sem olvidar a exigência legal de tratamento igualitário entre as partes (consoante disposto do art. 7º do NCPC), em razão da qual se deve também analisar as condições do requerido, as restrições a tal poder se configuram em meio de resguardo do direito à concessão de tutela justa e efetiva.

Desse modo, a leitura sistêmica do ordenamento importa que sejam observados não somente parâmetros explícitos no capítulo relativo à tutela de urgência, como o dever de fundamentação referido no art. 298 do CPC/2015, mas também outras normas constantes no próprio Código de Processo Civil – como a noção de cooperação disposta no art. 6º, do NCPC, a qual guarda relação com a vedação à tutela cautelar de ofício, acolhida pelo presente trabalho -, bem como os princípios constitucionais (como o princípio do contraditório, disposto no art. 5º, LV, mediante o qual se concebe a excepcionalidade da tutela cautelar *inaudita altera parte*) e direitos fundamentais. A necessidade de interpretação una do ordenamento decorre do fato de que muitos desses parâmetros não se encontram de forma expressa em capítulo específico da tutela cautelar constante do Código de Processo Civil, sendo, contudo, imprescindíveis tais limitações, a fim de evitar arbitrariedade do julgador.

Por derradeiro, pode-se afirmar que o poder geral de cautela constitui meio para a garantia de futura concretização de direitos fundamentais, assim como é decorrência lógica da necessidade de observância dos princípios norteadores da Constituição Federal. Isso porque a evolução do poder geral de cautela - o qual foi originado no CPC de 1939 e ganhou realce na legislação atual, face à ênfase na atipicidade dos meios executivos e das medidas cautelares – advém da necessidade de novas formas de tutelar a atividade judicante e o próprio direito material a ser reconhecido, de modo que este poder deve acompanhar não somente a circunstância do caso concreto, mas também a alteração do contexto social.

No panorama atual, permeado pelo abismo existente entre ensino jurídico e surgimento de novas demandas decorrentes da realidade social, deve-se destacar a positiva, ainda que com alguns equívocos, intenção do legislador, bem como o notável trabalho doutrinário no sentido de reconstrução – não se trata de destruição ou revolução abrupta, é de se ressaltar – dos paradigmas norteadores do Processo Civil.

Com tal entendimento, não se deseja a atuação inerte e alheia do julgador, tampouco uma forma exacerbada de ativismo judicial. O Direito deve caminhar ao lado da sociedade, sem se antecipar, tampouco retroceder em relação a esta. Desse modo, a visão cooperativa do processo requer o estabelecimento de parâmetros norteadores da atividade do julgador, a fim de orientá-lo quando da apreciação das tutelas de urgência, bem como no intuito de que as partes possam verificar por quais razões houve ou não o acolhimento de determinada medida.

A toda evidência, tais limites, assim como ocorre com os princípios constitucionais, não podem ser interpretados de forma estanque, razão pela qual deverão ser sopesados à luz do caso concreto, o que se coaduna com a necessidade de concessão de tutela justa e efetiva e com o princípio da adequação, norteador da noção de atipicidade da tutela cautelar.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARAÚJO, Luciano Vianna. A Tutela Cautelar no “Esboço de Reformulação Legislativa da Tutela de Urgência”. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula G. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 441.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. V. II. Tomo I e Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

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

BOECKEL, Fabrício Dani de. Diretrizes Gerais no Novo Código de Processo Civil. In: BOECKEL, Fabrício Dani; ROSA, Karin Regina; SCARPARO, Eduardo. **Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 7dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 7 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm)>. Acesso em: 7 dez 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Trad.: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Trad.: Adriana Sotero de Witt Batista. Vol. I. Campinas: Servanda, 1999.



CARPENA, Márcio Louzada. **Do Processo Cautelar Moderno**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Meios de Enunciação e de Controle dos Provimentos de Urgência. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 11.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 5. 7. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 100.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. **Ajuris**, nº 82. Tomo 1. 2001, pp. 271-294.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GRECO, Leonardo. A tutela de Urgência e a Tutela da Evidência no Novo Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2.ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção novo CPC: doutrina selecionada; v. 4).

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MIRANDA; Gabriela Expósito Tenório. Da tutela provisória: um esboço de conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela de evidência. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção novo CPC: doutrina selecionada; v. 4).

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. VIII, Tomo I (Arts. 796 a 812). 8.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOPES, João Batista. Medidas Cautelares Inominadas. **via RT online**, v. 605/1986, p. 12-19, 1986.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 116. pp. 29-39. jul-ago. 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Questão dos Limites no Poder Cautelar Geral. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 5, p. 837-865, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil – Artigos 294 ao 333. v. IV. IN: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir); ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.); MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Victor A. A. Bomfim. **Tutela Cautelar: Teoria Geral e Poder Geral de Cautela**. Curitiba: Juruá, 1996.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PORTO, Sérgio Gilberto. As Liminares Inaudita Altera Parte e a Garantia Constitucional-Processual do Contraditório. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Tutela Provisória. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). **Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência**. In: ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo (Coord.). 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. **O Poder Geral de Cautela do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993 (Coleção de Estudos de Direito de Processo Enrico Liebman. v. 25).

SANCHES, Sydney. **O Poder Cautelar Geral do Juiz: no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SCARPARO, Eduardo. A Supressão do Processo Cautelar como Tertium Genus no Código de Processo Civil de 2015. In: BOECKEL, Fabrício Dani; ROSA, Karin Regina; SCARPARO, Eduardo. **Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Jaqueline Mielke da. **A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência**. 3.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **As Ações Cautelares e o Novo Código de Processo Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. v. III. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do processo cautelar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Dever-Geral de Cautela no CPC/15. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. 855 p. (Coleção novo CPC: doutrina selecionada; v. 4).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder Geral de Cautela no Direito Processual Civil. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, v. 5, p. 1027-1047, 2011.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Medidas Cautelares (no Código de Processo Civil de 1973)**. São Paulo: Saraiva, 1974.

TUDA, Claudio Takeshi. A Insubsistência das Tutelas Cautelares Sumárias Satisfativas Autônomas Fundadas no Poder Geral de Cautela. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula G. **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 9.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil Dogmático da Tutela de Urgência. *Ajuris*, nº 70, 1997, pp. 214-239.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. X, Tomo I. São Paulo: RT, 1984.

PIMENTEL, Bernardo. **Execuções, Cautelares e Embargos no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas Diferentes. *Função Constitucional Semelhante*. **Revista de Processo** n. 82, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado Processo Civil**. Vol. 3. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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