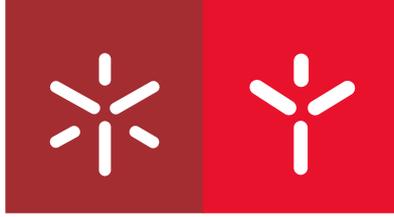




Universidade do Minho
Escola de Direito

Gislaine Rosália Migliati

**Da Instrumentalidade nas Tutelas Provisórias
de Urgência nos Ordenamentos Jurídicos
Processuais Brasileiro e Português**



Universidade do Minho

Escola de Direito

Gislaine Rosália Migliati

**Da Instrumentalidade nas Tutelas Provisórias
de Urgência nos Ordenamentos Jurídicos
Processuais Brasileiro e Português**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais
e Organização Judiciária)

Trabalho efetuado sob a orientação do

Professor Doutor Marco Filipe Carvalho Gonçalves

outubro de 2019

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações

CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

AGRADECIMENTOS

A Deus que me presenteou e me permitiu viver esta oportunidade de aprendizado pessoal, profissional e acadêmico

Ao meu Pai, Atilio Migliati, meu profundo amor, meu maior exemplo e minha eterna admiração

Ao meu marido e cúmplice, José Marques de Vasconcelos Filho, que sem seu amor, seu entusiasmo e seu apoio incondicionais, eu não teria iniciado a jornada nem chegado onde cheguei

Ao meu amigo, Fernando Sérgio Tenório de Amorim que, desde o princípio, foi generoso e sempre confiou no meu potencial

Ao Centro Universitário CESMAC, que pelos meus anos de dedicação, colaborou para que este projeto se realizasse

Aos amigos, parceiros e companheiros fiéis de jornada que Deus e a cidade de Braga, generosamente, me presentearam: Amanda Mirella, Isla Leal, José Antônio Cordeiro, Laís Torres, Rodrigo Mello e Yasmim Cavalcante

Aos meus amigos incondicionais Maricélia Schlemper, José Benedito Carvalho e Maria Ângela Britto com as mãos sempre estendidas e coração apostos para me ajudarem

Ao meu orientador Marco Filipe Carvalho Gonçalves pela atenção, pela paciência e pela colaboração tanto nas aulas ministradas como na confecção de minha dissertação

A todos da Universidade do Minho, especialmente, aqueles do Curso de Direito, que sempre dedicaram respeito e atenção durante todo período de desenvolvimento de meu mestrado

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho acadêmico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas condicente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Da Instrumentalidade nas Tutelas Provisórias de Urgência nos Ordenamentos Jurídicos Processuais Brasileiro e Português

RESUMO

A instrumentalidade na tutela provisória cautelar é abordada como tema central da presente dissertação tomando como alicerce os ordenamentos jurídicos processuais do Brasil e de Portugal. Em ambas as legislações, são analisadas e extraídas as semelhanças e diferenças. O desenvolvimento da pesquisa se dá com base na doutrina, na legislação, nos julgados de ambos os países, onde extraímos a questão quanto à recepção, caracterização, procedimentalização do referido instituto. Consiste em compreender a versão renovada sobre a instrumentalidade, uma vez que, até então, entendida, classicamente, como essencial à tutela provisória cautelar. Esta desmistificação busca uma nova abordagem e seus reflexos no processo civil brasileiro e português. Em ambos os países há ordenamentos jurídicos próprios e soberanos e de acordo com as últimas versões de suas legislações processuais, trouxeram vieses diferenciados ao instituto. No Brasil, ao contrário da legislação de 1973, a atual legislação de 2015, idealizou uma unificação no procedimento, permitindo que pedido cautelar e pedido principal figurem no mesmo processo. Em Portugal, com a inversão do contencioso, técnica esta que consta apenas na atual legislação processual de 2013, admite a dispensa do ônus da propositura da ação principal pelo autor, evitando repetir na ação principal o que foi discutido e apreciado na ação cautelar. Assim, levando em conta as respectivas particularidades, a instrumentalidade passa a ser vista com outros contornos. Neste contexto, estuda-se os reflexos no gênero tutela provisória cautelar, ressignificando o procedimento e analisando as vantagens e desvantagens e se realmente afetam a instrumentalidade. As modificações em ambos ordenamentos, brasileiro e português, têm como intenção tornar reequilibrar a eficácia e a celeridade, concebendo uma real utilidade à tutela cautelar, não apenas por parte dos advogados ao postular mas também por parte dos juízes ao analisarem.

Palavras-chave: instrumentalidade – provisoriedade - tutela cautelar – tutela provisória

The instrumentality of provisional relief based on the procedural legal systems of Brazil and Portugal

ABSTRACT

The instrumentality of provisional relief is addressed as a central theme of this dissertation based on the procedural legal systems of Brazil and Portugal. In both legislations, the similarities and differences are analyzed and extracted. The development of the research is based on the doctrine, the legislation, and the judgments of both countries, where we extract the question regarding the reception, characterization, procedure of the referred institute. It consists in understanding the renewed version on instrumentality since, until then, it was classically understood as essential to the provisional injunctive relief. In this demystification, the new approaches and their effects on the Brazilian and Portuguese civil processes are sought. In both countries there are their own and sovereign legal systems and, according to the latest versions of their procedural legislation, they have brought different biases to the institute. In Brazil, contrary to the legislation of 1973, the current legislation of 2015, idealized the unification of the procedure, allowing the precautionary request and the main request to appear in the same process. In Portugal, with the reversal of the litigation, a technique that only appears in the current procedural legislation of 2013, it admits the deferral of the contradictory. Thus, taking into account the respective particularities, the instrumentality is now seen with other contours. In this context, the reflections on the type of provisional interlocutory relief are studied, resignifying the procedure and analyzing the advantages and disadvantages and if they really affect the instrumentality. The changes in both Brazilian and Portuguese legal systems are intended to rebalance the effectiveness and speed of preliminary injunctions, conceiving a real usefulness for injunctions, not only by the lawyers when they postulate but also by the judges when they analyze them.

Keywords: instrumentality - provisionality – preventive measure – provisional measure

ÍNDICE

Agradecimentos.....	iii
Resumo.....	v
Abstract.....	vi
Índice.....	vii
Índice de Abreviaturas.....	ix
Introdução.....	1
Capítulo I – Evolução Histórica, Conceito e Características do Instituto da Tutela Provisória Cautelar.....	4
1.1 Contexto Histórico das Tutelas Provisórias.....	4
1.2 Conceito.....	10
1.3 Características.....	12
1.3.1 Provisoriedade.....	12
1.3.2 Revogabilidade.....	14
1.3.3 Fungibilidade.....	16
1.3.4 Cognição Sumária.....	19
1.3.5 Referibilidade.....	20
1.3.6 Instrumentalidade.....	22
1.4 Requisitos para concessão.....	22
1.4.1 <i>Fumus Boni Iuris</i>	23
1.4.2 <i>Periculum In Mora</i>	25
1.5 Poder ou Dever de Cautela do Magistrado?.....	26
Capítulo II - As Espécies de Tutelas de Urgência nos Ordenamentos Jurídicos Processuais do Brasil e de Portugal.....	31
2.1 Brasil: tutelas de urgência: cautelar, antecipada e de evidência.....	31
2.1.1 Tutela Antecipada.....	33
2.1.2 Tutela Cautelar.....	35
2.1.3 Tutela de Evidência.....	37
2.2 Portugal: medidas cautelares conservatórias e antecipatórias.....	38
2.2.1 Medidas Cautelares Conservatórias.....	39
2.2.1.1 Suspensão de Deliberações Sociais.....	40

2.2.1.2 Arresto.....	41
2.2.1.3 Embargo de Obra Nova.....	43
2.2.1.4 Arrolamento.....	44
2.2.2 Medidas Cautelares Antecipatórias.....	45
2.2.2.1 Restituição Provisória de Posse.....	46
2.2.2.2 Alimentos Provisórios.....	47
2.2.2.3 Arbitramento de Reparação Provisória.....	48
Capítulo III - Da Efetividade da Instrumentalidade.....	51
3.1 Segurança Jurídica e Urgência: equilíbrio entre celeridade, economia e eficiência.....	56
3.2 Brasil: ausência da instrumentalidade?.....	61
3.2.1 Panorama da tutela cautelar no ordenamento jurídico brasileiro conforme códigos de processo civil de 1973 e 2015.....	61
3.2.2 Do Procedimento da Tutela Cautelar nos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015.....	64
3.3 Portugal: configuração do princípio da instrumentalidade e a inversão do contencioso.....	67
3.3.1 Conceito e breves considerações.....	67
3.3.2 Requisitos para concessão.....	70
3.3.3 Decisão que decreta a inversão do contencioso conforme convicção segura.....	71
3.3.4 Decisão que decreta a inversão do contencioso para composição definitiva do litígio.....	72
3.3.5. Do procedimento da inversão do contencioso.....	73
Conclusão.....	76
Referências	81
Anexos.....	85

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

Art. - Artigo

CCP - Código Civil Português

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CFB - Constituição Federal do Brasil

Cf. - Confronto

CPCB - Código de Processo Civil Brasileiro

CPCP - Código de Processo Civil Português

CPTA - Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP - Constituição da República Portuguesa

Ed. - Edição

Nº - Número

p. - Página

RPCE - Regime Processual Civil Experimental

Vol. - volume

INTRODUÇÃO

Da Instrumentalidade nas Tutelas Provisórias de Urgência nos Ordenamentos Jurídicos Processuais Brasileiro e Português

Analisaremos no bojo da presente dissertação a figura da instrumentalidade uma vez que boa parte dos doutrinadores, principalmente os mais clássicos, entende ser uma característica essencial no instituto das tutelas de urgência ou providências cautelares.

Entretanto, no ordenamento jurídico processual brasileiro quanto no português, alterações ocorridas no procedimento das tutelas de urgência ou da tutela cautelar, acarretaram controvérsia quanto à natureza da instrumentalidade referente à essencialidade, trazendo à tona a indagação se, tal elemento, diante da unificação trazida pelo ordenamento brasileiro e da inversão do contencioso pelo ordenamento português, foi comprometida ou que tipos de efeito experimenta perante às respectivas legislações e procedimentos.

Sendo assim, trazemos como problema a forma que a característica da instrumentalidade foi afetada em razão do instituto da inversão do contencioso no ordenamento jurídico português e a unificação do pedido cautelar com o pedido principal no mesmo ambiente processual, forma esta adotada, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro.

Tal pesquisa é relevante pois a instrumentalidade é uma característica que no pensamento de Calamandrei, um de nossos maiores doutrinadores, assim como outros, é inerente para a existência das cautelares - para serem conhecidas como tal -, aquela que dá sustentáculo ao instituto, sendo perfeitamente cabível a discussão para nos apercebermos das influências sofridas diante das novas nuances apresentadas pelos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal.

Pretendemos compreender se houve o afastamento de tal característica ou se ela ainda permanece como um elemento relevante ao que diz respeito às providências cautelares, uma vez que a tutela cautelar é reconhecida como instrumental à tutela definitiva, pois cada uma delas tem uma finalidade específica, além de que caso não apresentada dentro do prazo legal, traria a revogação da tutela cautelar.

No primeiro capítulo, trataremos sobre o histórico das tutelas provisórias, detalhando suas características próprias, seus requisitos para concessão e o poder ou dever de cautela do magistrado.

No segundo capítulo, apresentaremos as espécies de tutelas provisórias ou providências cautelares em cada um dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

E, no derradeiro capítulo, será exposto o objetivo desta dissertação, mais precisamente, a análise da característica da instrumentalidade e como é recepcionada e abordada em ambos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, para enfim, travarmos uma comparação e concluirmos demonstrando as diferenças, as semelhanças e se houve o comprometimento do instituto dependendo dos procedimentos adotados.

Para a elaboração deste trabalho, a metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, através de livros doutrinários, dissertações, teses, artigos científicos, onde serão comparadas opiniões de vários autores a respeito do que tem sido discutido e exposto com relação às tutelas provisórias, mais especificamente, às tutelas cautelares e o comprometimento da característica da instrumentalidade frente aos novos posicionamentos.

Também serão realizadas pesquisas em sites e revistas jurídicas, bem como será feita análise de como a jurisprudência tem se pronunciado. Todas essas referências servirão de base para nos aproximarmos o máximo que se puder para se alcançar a convicção sobre o tema abordado neste trabalho.

Perceptível a utilidade da presente pesquisa e a interação com os atuais ordenamentos jurídicos pois expõe os anseios dos jurisdicionados, as dificuldades da Jurisdição, as falhas do sistema processual e as consequências advindas e que devem ser mitigadas quando se compreender que deve haver uma ressignificação do papel do Poder Judiciário ao compreender sua influência para se obter a paz social.

E mais restritamente, compreender a instrumentalidade e de como sua concretização foi modificada de acordo com as alterações e evoluções legislativas, sempre pretendendo que a tutela jurisdicional responda de maneira adequada, eficaz e imediata aos anseios daqueles que necessitam da tutela de urgência, em especial, buscando equilíbrio entre qualidade e celeridade. Captaremos até que ponto houve comprometimento ou afastamento da característica da instrumentalidade uma vez que pelo entendimento da doutrina clássica faz parte da sua essência e que se não estiver presente, descaracterizaria o próprio instituto da tutela cautelar.

A atividade jurisdicional deve enfrentar a questão das tutelas de urgência e afastar o receio de se conceder, se for o caso, a tutela cautelar. Na prática é muito comum observarmos magistrados deixarem de apreciar, imediatamente a tutela cautelar e o fazendo posteriormente a apresentação da contestação, quando era perfeitamente cabível, sua concessão logo após a análise da petição inicial. Depreende-se um despreparo para tais situações, desmerecendo ou desconstituindo, assim, o instituto.

Também não podemos deixar de considerar as consequências de ações que pretendam uma tutela de urgência equivocadamente propostas, presumindo uma utilização inadequada do instrumento, provocando no magistrado uma desconfiança quanto à verdadeira aplicação ou concessão da tutela provisória.

Contudo, seja uma ou outra situação, extraímos que muitas vezes existem situações que exigem soluções imediatas, não sendo recomendável o procedimento comum, por comprometer o direito material que se pretende. Se utilizado o procedimento comum, haverá corrosão de direitos, demonstrando assim, a conveniência e adequação das tutelas de urgência, caracterizando uma flexibilização procedimental, uma vez que a peça inaugural, assim que analisada pelo magistrado, daria azo a pronta concessão da tutela antes mesmo da citação do réu.

Não podemos interpretar isso como uma afronta ao contraditório, à ampla defesa e à igualdade. Ao ser concedida a tutela cautelar, há uma impressão por parte do magistrado que o leva a compreender a imediatidade do requerimento e sua conseqüente concessão, configurando assim o respeito a direitos constitucionalmente amparados, como acesso à jurisdição e a entrega da tutela mais adequada possível aquele caso concreto.

Essencial compreendermos os institutos que as legislações nos oferecem e fazermos uma salutar utilização, sob pena de desmerecê-los ou torná-los inócuos. Sendo assim, pretendemos levantar a questão da instrumentalidade que inserida nas tutelas cautelares, sendo reconhecida com relevante valor pois traz uma especialidade que as diferencia dos outros institutos processuais.

Entretanto, mesmo a instrumentalidade constando em ambos ordenamentos jurídicos, observaremos particularidades quanto à valoração e à atenção conferidas, apresentando análises e comparações.

A pesquisa foi desenvolvida através da análise das legislações, doutrinas e julgados brasileiros e portugueses. Sendo consultadas obras clássicas, como Calamandrei, Alberto dos Reis, Lopes da Costa, Ovídio Baptista, Manuel Baptista Lopes. E também, doutrinas modernas e atualizadas como Humberto Theodoro, Marco Carvalho Gonçalves, Elizabeth Fernandez, Marinoni, Mielke, entre outros.

Na maioria das obras, percebe-se uma apurada atenção ao instituto da tutela cautelar, tratando-a num patamar que merece e salientando a necessidade de adequado manuseio da medida sob pena do menosprezo aos elementos mínimos para sua concessão.

CAPÍTULO I

EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO DA TUTELA PROVISÓRIA CAUTELAR

1.1 Contexto Histórico das Tutelas Provisórias

O ser humano busca satisfação de suas necessidades de várias maneiras, seja através do trabalho, do lazer, dos amigos, da família, da sua relação com o outro e nesta hipótese, conflitos podem ser desenvolvidos entre as necessidades de um ou outro lado, gerando desequilíbrio experimentando insatisfação e não conseguindo mais estabelecer, civilizadamente, um diálogo, estando à sua disposição a tutela jurisdicional.

A partir do momento em que se adentra à seara judicial, haverá um procedimento técnico-legal envolvido onde as partes se submeterão com o desejo de alcançar ou conquistar aquilo que se pretende. Sendo assim, a Jurisdição interfere na vida social, uma vez que é uma de suas realizações precípuas e da qual não poderá se afastar.

Esta finalidade social nem sempre foi o intuito, conforme argumento sustentado por Marinoni sobre a influência dos valores do Estado Social no direito de ação, onde não se ponderavam as necessidades sociais, sendo entendido como um direito formal de propor uma ação, que só exercia quem pudesse pagar as custas, haja vista a despreocupação com as condições e desequilíbrios econômico-sociais¹. Quer dizer, se não havia uma preocupação em devolver uma resposta efetiva, quem dirá, imediata ou urgente. Entretanto, no século XX, vieram à tona modificações nas Constituições integrando os direitos fundamentais e sociais à sociedade, inclusive percebendo melhor o direito de acesso à justiça e efetivo exercício de ação.²

Neste sentido, não havia uma proteção específica a determinadas pessoas ou direitos. Os direitos eram concebidos como “valor de troca, de modo que, diante da prática de ato ilícito, entendia-se ser suficiente a prestação da tutela ressarcitória pelo equivalente ao valor do dano ou da prestação

¹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Processo Cautelar, 2014, p. 44: O processo civil, no Estado de Direito de matriz liberal, não foi projetado para dar tutela preventiva aos direitos. O direito, nesta época, era voltado a proteger as liberdades e as conquistas da classe burguesa contra a ameaça de arbítrio do Estado. O Estado, para garantir a liberdade, era obrigado a tratar a todos da mesma forma, independentemente das suas diferenças concretas. Tomava em conta o conceito de igualdade formal perante a lei, sendo que qualquer tratamento desigual – ainda que a posições desiguais – era visto como privilégio inconcebível. Este Estado, porque não podia tratar as posições jurídicas e sociais de forma diferenciada, obviamente não podia desenhar políticas públicas voltadas a dar proteção específica ou mais incisiva a determinadas classes de pessoas, ou espécies de direitos. Além disto, os direitos desta época que importavam ao processo civil eram vistos como coisas dotadas de valor de troca, e, assim, em caso de prática de ato ilícito, entendia-se ser suficiente a prestação da tutela ressarcitória pelo equivalente ao valor do dano ou da prestação inadimplida.

² Cf. *Idem*, *Novo Curso de Processo Civil*, Volume 1, 2015, p. 215-216.

inadimplida”³. Só o dano efetivamente ocorrido asseguraria o direito ao recebimento do ressarcimento proporcional ao prejuízo, não sendo possível admitir qualquer tutela que fosse anterior à prática de ato atentatório a algum direito. Essa ideia era inconcebível.

Oportuno mencionar que a tutela preventiva existia, porém, apenas através de uma sentença declaratória, configurando uma contradição, pois esta espécie de decisão não teria o condão de obrigar ninguém a fazer ou deixar de fazer algo. Ainda assim, Chiovenda citado por Marinoni extraiu desta prática a teoria de que, mesmo sendo ação declaratória, poder-se-ia, posteriormente, obter a condenação, já emergindo um caráter preventivo, que não configurava uma efetiva e real tutela preventiva⁴.

Esta hipótese de que através da sentença declaratória entregava-se a tutela preventiva, não possui em si coesão, pois o processo de conhecimento não tinha e não tem a potencialidade de assegurar os direitos pretendidos através de uma verdadeira tutela provisória, mais especificamente, a cautelar.

A diferença entre ambos será o grau, a intensidade da cognição, conforme exposto por Ovídio Baptista, haja vista o juízo de probabilidade, que no processo cautelar será sumária, ao contrário do processo de conhecimento onde ocorrerá a cognição plena, onde haverá um aprofundamento probatório por uma investigação mais apurada, garantindo, finalmente, ao juiz um juízo de certeza. Já no processo cautelar, haverá a análise por meio da verossimilhança, numa análise perfunctória.

Cada um dos procedimentos terá suas finalidades próprias e forma de se expressar, não podendo ser confundidos ou substituídos um pelo outro. Não há substituição de um pelo outro, mas sim adequação de um ou outro, dependendo da situação.⁵

A característica da verossimilhança não era considerada, pois esta dependia da análise e interpretação do magistrado que, até então, possuía poderes limitados, haja vista que seu papel era de conferir atuação à lei⁶. Reiteradamente, conclui-se que a tutela preventiva não era um instituto autônomo.

Na visão de Piero Calamandrei, o procedimento cautelar é diferente das demais formas de procedimento (conhecimento, execução etc.). Ele objetiva o estudo do “procedimento” porque, na sua concepção, o processo que conterá um determinado procedimento cautelar não tem características e uma estrutura própria. Processo é um só, procedimentos são diversificados. E também afasta a utilização do

³ Cf. *Idem*, *Tutela de Urgência e Tutela de Evidência*, 2018, p. 50.

⁴ Cf. *Idem*, p. 53: “Além disto, como a doutrina clássica formou-se sob a influência de um Estado de Direito de matriz liberal, marcado por uma acentuação dos valores de liberdade individual em relação aos poderes de intervenção estatal, ela não podia conceber uma tutela preventiva que dependesse de meio executivo que constringesse a vontade do demandado. Foi por isto que circunscreveu a tutela preventiva à sentença declaratória. Na verdade, a tutela declaratória, enquanto tutela que regula apenas formalmente uma relação jurídica já determinada em seu conteúdo pela autonomia privada, era ideal aos valores do Estado Liberal. Já a tutela preventiva, vista como tutela capaz de inibir a violação do direito, era incompatível com os pressupostos desse modelo de Estado”.

⁵ Cf. *Do Processo Cautelar*, 2006, p. 76-77.

⁶ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 1, 2018, p. 629: No Estado Democrático de Direito, o objetivo da jurisdição não é mais visto como apenas realizar a vontade concreta da lei, mas a de prestar a tutela ao direito material envolvido em crise de efetividade.

termo “ação cautelar”, pois ação é apenas o poder de provocar a jurisdição para se alcançar determinada satisfação. O procedimento é que orientará na escolha dentre os vários tipos de ação dependendo do objeto perseguido.⁷

Para Carnelutti, o processo cautelar é um “*tertium genus*”, isto é, um procedimento com suas características peculiares e desatado dos processos de conhecimento e o de execução.⁸

Porém, as fragilidades da situação atual do sistema judicial: ações intermináveis; fases processuais comprometidas pela má utilização dos instrumentos processuais; ausência de cuidado nas fundamentações; altos custos para propositura de ações, ou ainda, ações inúteis sendo propostas etc., colaboram para a eternização das demandas, comprometendo sua respectiva resposta e eficiência.

Dependendo da situação concreta apresentada, observar-se-á o procedimento e o aproveitamento das fases processuais e futura aplicação da tutela jurisdicional entregue. E, dentre os vários procedimentos existentes no ordenamento jurídico processual civil, apontaremos na direção das tutelas provisórias, mais especificamente, de natureza cautelar⁹.

Para Dinamarco, as tutelas de urgência, vêm para socorrer o cidadão em situações que caso não seja tomada a devida providência de forma imediata, pode haver uma evolução se concretizando com consequências indesejáveis e que podem até ser irreversíveis, em razão do tempo que pode ser um elemento negativo quando não levado em conta. Destarte, as tutelas provisórias possuem o condão de neutralizar os efeitos maléficos do decurso do tempo.¹⁰

Na obra de Jaqueline Mielke Silva, ficam expostos os efeitos e a necessidade da existência e aprimoramento das tutelas de urgência buscando uma real satisfação e a estabilização das relações intersubjetivas, através de suas funções sociais e jurídicas na intenção de reduzir a incidência impiedosa do tempo.

⁷ Cf. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*, 2000, p. 16-21.

⁸ Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, 2018, p. 100, apesar de não concordar com a teoria, esclarece o conceito “*tertium genus*”: ... Com efeito, a existência do Livro III do Código de Processo Civil de 1973 bem demonstra que ele mereceu função de destaque no nosso sistema e foi alçado ao mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução. Surgiu, então, pelo Código de Processo Civil de 1973, uma nova face da jurisdição, um *tertium genus* de processo, que contém “a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução”, tendo por elemento específico a prevenção. Tal processo, igualmente contencioso, tem uma função principal auxiliar e subsidiária, servindo à tutela do processo de conhecimento ou de execução. O autor não concorda com a teoria, pois justifica que não há vários processos. O que existe é um único processo que pode ter finalidades diversas com a de cognição, a executória ou a cautelar.

⁹ Cf. DINAMARCO, 2017, p. 243-244: A diversidade de provimentos concebidos e instalados na ordem processual é um dos aspectos da técnica processual, destinando-se cada um deles a debelar uma espécie de crise jurídica mediante oferta de solução prática adequada segundo os designios do direito substancial e sempre com vista a produzir resultados úteis na vida dos sujeitos. Sabido que o processo civil é institucionalmente voltado a produzir tais resultados (processo civil de resultados) e que cada uma dessas situações caracterizadas como crises jurídicas apresente dificuldades específicas que não estão necessariamente presentes em todas, é natural que as técnicas variem e sejam diferentes os provimentos a emitir em cada uma delas. É indispensável associar cada tipo de provimento – ou cada espécie processual de tutela – às variáveis situações lamentadas e à solução que lhes destina o direito material. Essas situações recebem a qualificação de crises jurídicas por se resolverem sempre em estados de insatisfação e inconformismo de alguém que de algum modo se afirma molestado em seus direitos e pede remédio para a situação lamentada.

¹⁰ Cf. *Idem*, p. 254-255.

Considerando a função social, as tutelas de urgência, por intermédio da concessão de liminares realizam, por meio do estado-juiz, a abreviação dos conflitos resistidos ou insatisfeitos, para usar a expressão Carnellutiana, com o ideal sempre voltado à pacificação social, como bem maior perseguido na distribuição da justiça.¹¹ O procedimento cautelar é especial pois visa resguardar um determinado direito que futuramente estará consolidado, onde um provimento, a princípio, provisório converter-se-á em definitivo.

Ao tecer considerações sobre a tutela cautelar, Rita Lynce defende que cumpre papel fundamental no combate às deficiências do processo, constatando o tempo como elemento primordial para o desenvolvimento e alcance de satisfação, alimentando a ideia de que justiça que chega tarde demais não é justiça. Porém, mostra que a valorização excessiva da tutela cautelar, pode trazer uma falsa sensação pois há risco de se cair na tentação de transformá-la numa via alternativa à tutela principal, o que desmantelaria a sua essência.¹²

A tutela provisória cautelar nem sempre foi assim identificada. Antes era conhecida por medida cautelar que numa modernização nos sistemas processuais no Brasil e em Portugal, é reconhecida como tutela provisória de urgência ou cautelar, sendo mantida sua finalidade apesar de modificações inseridas em ambos os sistemas, na busca de uma melhor efetividade do procedimento.

A tutela provisória nem sempre esteve inserida na legislação processual civil.

Em Portugal, encontrava-se enquadramento legal nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, respectivamente, de 1446, 1521 e 1603, que já previam a existência de providências cautelares destinadas à garantia das obrigações, à restituição de posse, ao embargo de obra nova e ao receio de produção de um dano. Surgiram novas reformas em 1876, 1939, 1961, 1967, 1995/1996, 2003 e, finalmente, 2013.¹³

José Lebre de Freitas faz uma menção especial que até à revisão de 1995/1996, observava-se uma seção de disposições comuns a todos os procedimentos, e nas seções posteriores, optou-se pela separação dos chamados procedimentos nominados ou especificados. E, depois, encontrava-se as providências cautelares não especificadas, que eram utilizadas caso não houvesse algum procedimento nominado. Então, com a chegada da revisão, foi extinta essa sistematização, reorganizando o que era o procedimento não especificado tornou-se o procedimento cautelar comum, com aspectos comuns ou

¹¹ Cf. *Tutela de Urgência*: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista Silva, 2009, p. 206-207.

¹² Cf. *A função instrumental da tutela cautelar não especificada*, 2003, p. 12.

¹³ Cf. GONÇALVES, Marco. *Providências Cautelares*, 2017, p. 25.

generalidades inerentes a todos os procedimentos cautelares, e na seção posterior constava os procedimentos cautelares nominados.¹⁴

A legislação atual, CPCP/2013, em sua exposição de motivos dedica o ponto número 3 à cautelar. Demonstra fundamento importante nas alterações do regime cautelar. Fundamenta a quebra da dependência com a ação principal quando proposta para evitar o perecimento da tutela cautelar, afastando assim a duplicação dos procedimentos: cautelar e ação principal.

O instituto inaugurado é o da inversão do contencioso, que propõe que, em alguns casos, a decisão cautelar alcance o *status* de definitividade caso o requerente seja dispensado do ônus de propor a ação principal e o requerido não proponha essa ação. Em razão da definitividade, comprovada através das razões e provas apresentadas pelo requerente, o juiz o dispensaria da apresentação da ação principal. Configura-se, assim, o comprometimento da característica da instrumentalidade.¹⁵

No CPCP vigente, prevê apenas o instituto do procedimento cautelar, dividido em providências conservatórias e antecipatórias com uma subdivisão entre procedimento cautelar comum e os especificados ou nominados. Em seu artigo 368º, consta os requisitos para concessão da medida.

No Brasil, no período compreendido entre as Ordenações Manuelinas e o CPCB/1939, não havia menção específica sobre processo cautelar. Mas, a partir do CPCB/1939, passou a constar “Dos Processos Acessórios”, informando sobre as medidas preventivas de caráter cautelar.

Apesar da cautelar ter sido assunto tratado, primeiramente pelos alemães, foi a doutrina italiana, com Liebman, quem se debruçou mais interessadamente pelo tema, sendo por conta de Carnelutti, que a considerou como um terceiro gênero, ao lado do conhecimento e da execução, influenciando Alfredo Buzaid, o mentor do CPCB/1973, a inserir um capítulo específico dedicado ao processo cautelar, tornando o Brasil o primeiro país a dedicar um espaço importante ao processo cautelar na legislação processual civil.¹⁶

¹⁴ Cf. *CPC Anotado* – volume 2º - Artigos 381º a 675º, 2008, p. 1-3.

¹⁵ Exposição de Motivos do Projeto que instituiu o Código de Processo Civil Português de 2013. Disponível em: <http://www.dgpi.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/reforma-judiciaria/exposicao-de-motivos-cpc/>. Acesso em: 19 nov. 2018.

¹⁶ Exposição de Motivos do Projeto de Lei que instituiu o CPCB/1973: Ainda quanto à linguagem, cabe-nos explicar a denominação do Livro III. Empregamos aí a expressão processo cautelar. Cautelar não figura, nos nossos dicionários, como adjetivo, mas tão-só como verbo, já em desuso. O projeto o adotou, porém, como adjetivo, a fim de qualificar um tipo de processo autônomo. Na tradição de nosso Direito Processual era a função cautelar distribuída por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes o projeto, reconhecendo-lhe caráter autônomo, reuniu os vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem. A expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no Livro III, e, pelo vigor e amplitude do seu significado, traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal. As razões de nossa preferência por essa expressão se fundam também no precedente legislativo português, cujo Código de Processo Civil a consagrou (artigos 381 e segs.), e no uso corrente da doutrina nacional e portuguesa. No Direito italiano, argentino e uruguaio também a doutrina manifestou o seu assentimento à expressão processo cautelar. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828> Acesso em 30/01/2019.

Surgiu também a medida cautelar de cunho satisfativo, diferenciando-se a de cunho acautelatório. Para alguns, não se poderia atribuir a medida cautelar caráter satisfativo, pois de acordo com sua essência provisória pretendendo apenas assegurar um direito futuro, não sendo adequada a utilização do termo satisfativo¹⁷. Em razão deste conflito, em 1994, a Lei n.º 8952, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, o art. 273, que tratava da figura da tutela antecipada, desfazendo a utilização indevida das medidas cautelares com cunho satisfativo.¹⁸

A posição de Calamandrei citado por Marinoni é contrastante comparada ao atual ordenamento jurídico brasileiro – e também considerando o português – uma vez que o doutrinador compreendia que não haveria possibilidade de ocorrer execução anterior à declaração pois rejeitava a ideia do *periculum in mora*.¹⁹ Entretanto, esta posição encontra justificativa se entendermos que Calamandrei pertence a uma época onde não havia a concepção de individualização das tutelas dos direitos, principalmente, diante da cognição sumária.²⁰

Para, então, chegarmos na atual mudança legislativa de 2015, instituindo o novo código processual civil brasileiro, trazendo mudança substancial quanto ao funcionamento das tutelas provisórias.

No atual CPCB/2015 está em vigor a unificação do regime das tutelas provisórias, que se subdividem em cautelar a antecipada. Antes havia disposição em separado de cada uma delas. Na atualidade, encontram-se na mesma seção. Apesar da mesma seção, cada uma delas possui suas características próprias com procedimentos semelhantes no seguinte sentido: ao ser proposta a petição inicial relatando os fatos e expondo a motivação para acolhimento da fundamentação que justifica a concessão das tutelas e sendo positiva, o requerente deverá aditar a peça exordial incluindo o pedido principal no prazo de 15 (quinze) dias caso seja tutela antecipada (art. 303, CPCB).

No caso de ser tutela cautelar, a única diferença neste aspecto, é que o prazo para o aditamento será de 30 dias (art. 308, CPCB). Em ambos os casos, tanto a concessão da tutela provisória, seja de que espécie for, como a análise do pedido principal, estão nos mesmos autos. No caso do ordenamento brasileiro, não haverá necessidade da formação de dois processos. Não há dependência de outro processo

¹⁷ Cf. MARINONI: “É imprescindível que a tutela não satisfaça o direito material para que possa adquirir o perfil de cautelar”. A tutela cautelar, como já foi dito, visa assegurar a viabilidade da realização do direito. Assim, se afirmarmos que a tutela cautelar pode realizar o próprio direito (por exemplo a pretensão aos alimentos), estaremos incidindo em contradição, pois uma vez realizado o direito material nada mais resta para ser assegurado. Ou seja, quando o direito é satisfeito nada é assegurado e nenhuma função cautelar é cumprida. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/DA-TUTELA-CAUTELAR-C3%80-TUTELA-ANTECIPAT-C3%93RIA.doc> Acesso em: 15 ago. 2018.

¹⁸ Cf. SCARPELLI, Natália Cançado. Dissertação: *Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada Requerida em Caráter Antecedente*. PUC-SP, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19537/2/Nat%C3%A1lia%20Can%C3%A7ado%20Scarpelli.pdf> . Acesso em: 20 ago. 2018.

¹⁹ Cf. *Tutela de Urgência: cautelar e antecipada*, 2018, p. 67.

²⁰ *Ibidem*, p. 68.

com pedido principal, tornando a sistemática da tutela provisória mais dinâmica e célere. Podemos dizer que há comprometimento da instrumentalidade que era tão clara no CPCB/1073?

1.2 Conceito

Pela teoria clássica a tutela cautelar teria como finalidade apenas a atuação do ordenamento jurídico, não possuindo como pretensão a tutela de um direito, isto é, não se relacionando com o direito material mesmo que, provisoriamente, assegurado. Nem era conhecida como tutela cautelar mas sim como processo cautelar, justificando que trataria de mera técnica processual.

Em contrapartida, Ovídio Baptista trouxe à tona a convicção de que a finalidade da tutela cautelar não é proteger o processo e sim um direito, conseguindo demonstrar que a provisoriedade nem sempre quer dizer tutela cautelar. Marinoni reforça esta tese defendendo que o direito à tutela cautelar não advém do processo. A tutela cautelar não se destina a garantir a efetividade da ação e, por isso mesmo, não pode ser pensada como uma mera técnica processual necessária a lhe outorgar efetividade. O direito à tutela cautelar está situado no plano do direito material, assim como o direito às tutelas inibitória e ressarcitória. O titular do direito à tutela do direito – por exemplo, ressarcitória – também possui direito à tutela de segurança (cautelar) do direito à tutela do direito.²¹

A partir destas perspectivas, questionamos se a tutela cautelar visa proteger o processo ou o direito pretendido. Sendo tutela do direito material significaria busca pela prevenção de um determinado direito perseguido (mesmo que provisoriamente), e não relacionado com técnicas envolvidas para se chegar ao resultado, que seria de caráter processual, justificando um processo cautelar e não a tutela cautelar.

Extraímos das palavras de Ovídio Baptista a compreensão de que o procedimento cautelar possui estrutura simplificada entendendo que os poderes do juiz são mais consistentes apesar da apresentação não exaurida pelas provas apresentadas, haja vista a cognição sumária, que permite que com o pouco, o juiz possa ter uma visão suficientemente clara ou pelo menos, mais próxima possível do bom direito e o risco a ele relacionado, comprovando-se, assim, as duas características mais relevantes, quais sejam: o

²¹ Cf. MARINONI, 2014, p. 23: concluindo que “se a tutela cautelar é instrumento de algo, ela somente pode ser instrumento *para assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso*. 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 de que a tutela cautelar é instrumento do próprio processo – que já teria a natureza de instrumento do direito material -, é um dos mais célebres defensores da teoria concreta da 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”.

fumus boni iuris e o *periculum in mora*. Sendo assim, a tutela visa afastar uma determinada situação perigosa relatada, sem haver declaração sobre o interesse ameaçado pretendido²².

Neste mesmo sentido, citamos José Alberto dos Reis que defende que para evitar que o dano causado pela inobservância do direito seja agravado pela demora inevitável do remédio jurisdicional (*periculum in mora*), preordena-se precisamente a *atividade cautelar*, a qual, enquanto se espera pelo julgamento definitivo destinado a fazer observar o direito, emite providências que *antecipam provisoriamente* os efeitos provisórios da decisão final.²³²⁴

Observamos a característica da urgência presente sempre que se fala em tutela cautelar, porém oportuno, registrarmos que a urgência não pertence apenas a ela, mas também à tutela antecipada, uma das espécies do gênero tutela de urgência.

Cabe, mesmo que superficialmente, esclarecer que não podemos confundir as tutelas cautelares com as tutelas antecipadas, que no CPCB/2015, passou o tema tutela de urgência, a ser tratado e disciplinado numa unificação sistemática.

No CPCB/1973, eram tratadas em momentos diversos e na nova versão do CPCB, passou a ser disciplina na mesma seção, significando que apesar de serem institutos específicos com utilidades próprias, possuem regras gerais aplicáveis a ambos os institutos.²⁵

Dinamarco, de forma importante, apresenta uma diferença conceitual entre ambas, onde: **a)** as medidas que oferecem ao sujeito, desde logo, a fruição integral ou parcial do próprio bem ou situação pela qual litiga, isto é, situações favoráveis às pessoas na vida comum em relação com outras pessoas ou com bens, integram o conceito de tutela jurisdicional antecipada; **b)** as medidas destinadas a resguardar o processo em sua eficácia ou na qualidade de seu produto final, mediante a preservação de certos meios exteriores indispensáveis (bens suscetíveis de penhora, fontes de prova), isto é, qualificadas como medidas

²² Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista, 1980, p. 48.

²³ 1985, p. 19.

²⁴ Cf. SOUZA, Miguel Teixeira fundamenta e reforça que o tempo é o principal pilar da existência das providências cautelares: Os procedimentos cautelares – que, no direito português, se encontram regulados nos art. 362.º a 409.º 2 – fundam-se numa justificação de ordem temporal: o proferimento de uma decisão final é algo que pode demorar bastante tempo (atendendo aos crónicos atrasos dos tribunais, esse proferimento tem mesmo tendência para demorar muito tempo). Esta demora na satisfação da pretensão do demandante origina o risco de um prejuízo para essa parte (art. 362.º, n.º 1, e 368.º, n.º 1): *periculum in mora*). É por isso que a lei permite que, através de uma *summária cognitio* (art. 365.º, n.º 1 e 3) e depois de estar demonstrado, quanto ao direito ameaçado pelo atraso na tutela jurisdicional, o *fumus boni iuris* (cf. art. 368.º, n.º 1), o tribunal possa decretar uma tutela provisória, que se destina a acautelar o efeito útil da ação (art. 2.º, n.º 2 in fine), isto é, a evitar que a composição definitiva venha a ser inútil. Disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/pcn_ma_25215.pdf Acesso em: 30 jan. 2019.

²⁵ Interessante a justificativa de Leonardo Ribeiro, 2018, p. 201-204, demonstrando a diferença entre pressa e urgência: De plano, convém distinguir pressa de urgência, justamente para que se possa situar com precisão a tutela voltada à sua prevenção ou reparação. A urgência necessariamente está ligada ao conceito de prejuízo, de dano ou, noutras palavras, ao *periculum in mora*. Não basta, portanto, que haja pressa, assim traduzida como o desejo de um resultado rápido da jurisdição; tal desejo deve ter sua razão de existir ligada a um potencial dano ao direito da parte. (...) Pode-se dizer que nem toda pressa é urgente, porém só a pressa qualificada pela urgência é que serve de embasamento para uma “tutela de urgência”. Perceba-se, nesse contexto, que a pressa, em si mesma, não justifica qualquer tutela diferenciada; para tanto, a pressa deve estar qualificada por algum outro fato, como, por exemplo, a falta de defesa consistente para que seja possível cogitar de uma tutela de evidência; o *periculum in mora* para a tutela de urgência etc.

cautelares, resolvem-se em medidas de apoio ao processo – para que ele possa produzir resultados úteis e justos – e só indiretamente virão a favorecer o sujeito de direitos.^{26 27}

Fica claro dessa forma que a tutela cautelar pretende assegurar uma determinada situação jurídica ou a efetividade da tutela do direito material. É uma medida que garante a utilidade da prestação jurisdicional.²⁸

1.3 Características

1.3.1 Provisoriedade

Pela doutrina clássica, com base em Liebman, justifica-se que a tutela cautelar relaciona-se com a sentença, com o mérito da causa, destinando-se a dar segurança ao processo e ao seu momento mais relevante, qual seja, a sentença de mérito. Sendo assim, quando proferida desapareceria a razão de ser da tutela cautelar, pois cautelaridade faz ligação com o direito material. E a tutela cautelar não encontra limites com o trânsito em julgado de uma sentença de procedência, mas sim quando proferida sentença de improcedência.

A característica da provisoriedade justifica-se na duração limitada no tempo, até o momento de ser proferida a decisão que terá caráter definitivo, considerando que houve uma análise das condições e

²⁶Cf. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume 1, São Paulo:Malheiros, 2017, p. 255.

²⁷ Cf. p. 261-262, MEDINA também faz um comparativo entre ambas as tutelas: Há diferenças entre tais figuras, contudo. Afirma-se que, enquanto a tutela antecipada é satisfativa, a cautelar é conservativa. No caso da tutela cautelar, praticam-se atos tendentes a garantir a utilidade prática do resultado que se obterá com o acolhimento de outro pedido (de conhecimento ou de execução). A tutela antecipada, por sua vez, permite a fruição imediata dos efeitos do possível acolhimento do pedido. A tutela antecipada, assim, consiste em antecipação de efeitos do resultado; a tutela cautelar, em segurança para que se possa usufruir de tal resultado. A rigor, a tutela antecipada, como se disse, apenas antecipa efeitos da própria tutela, não havendo ampliação do objeto litigioso. Já a tutela cautelar contém pedido diferente do pedido “principal”, objeto litigioso próprio (ainda que se refira àquele denominado “principal”). Afirma-se que a tutela antecipada é satisfativa, não no sentido de se conceder providência definitiva (embora isso possa vir a ocorrer, em determinadas circunstâncias), mas no sentido de permitir à parte, grosso modo, “viver como se já tivesse vencido”, ainda que provisoriamente; por isso, afirma-se que a tutela antecipada seria satisfativa interinal, em oposição à tutela satisfativa autônoma. A tutela satisfativa autônoma não é apenas conservativa, o que a afasta da tutela cautelar. Distingue-se da antecipação dos efeitos da tutela porque esta, embora satisfativa, é provisória (daí ser chamada, por alguns, de tutela satisfativa provisional ou interinal). As tutelas satisfativas autônomas, diversamente, bastam por si mesmas, tendendo, em boa parte dos casos, a produzir efeitos irreversíveis (como, p.ex., no caso de liminar que autoriza transfusão de sangue), ou, ao menos, marcadamente estáveis.

²⁸ Cf. SOUZA, Miguel Teixeira: A função das providências cautelares é a de tutelar, de forma provisória, uma determinada situação jurídica que se encontra em perigo pela falta de uma tutela imediata. É realmente a necessidade desta tutela que justifica o decretamento de uma providência cautelar. A iminência da violação da situação jurídica é apenas um dos indícios possíveis da necessidade da tutela cautelar, dado que nem todas as providências cautelares pressupõem a iminência dessa violação: pense-se, por exemplo, nos alimentos provisórios (que são devidos antes do reconhecimento do direito a alimentos) ou no arbitramento de reparação provisória (que é devida antes de ser reconhecido ao requerente qualquer direito de indemnização). A justificação que se encontra no art. 362.º, n.º 1, para as providências cautelares – o fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável de um direito – tem de ser entendida, não em função de qualquer potencial violação, mas em função da demora na tutela definitiva desse direito. Disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/pcn_ma_25215.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

circunstâncias que levarão o magistrado a perceber o preenchimento de requisitos, que afasta qualquer hipótese de se conceder o provimento cautelar desnecessária ou injustamente.²⁹

A provisoriedade está presente na maior parte das ações cautelares, porém não é um elemento essencial se considerarmos as tutelas cautelares satisfativas, e estas para Ovídio Baptista, são uma espécie que não existe, possuindo uma nomenclatura indevida, sendo correto denominá-las de tutelas antecipatórias.³⁰

Enquanto boa parte da doutrina utiliza o termo “provisoriamente”, para Ovídio o adequado seria utilizar “temporariamente”, onde estabelece que a tutela cautelar é temporária enquanto perdurar a situação de perigo e, ainda, que a decisão prolatada no procedimento cautelar não alcança o *status* de coisa julgada material, que é de natureza definitiva. Demonstra que não há como admitir a confusão entre os termos, haja vista que a tutela cautelar é temporária e a tutela antecipada é provisória.

Traz à tona uma comparação feita por Lopes da Costa apresentando o exemplo dos andaimes e da barraca do desbravador. Os andaimes teriam como qualidade a temporariedade, pois são usados até que seja feito todo trabalho necessário de reparação no exterior de um prédio. Sendo assim, são definitivos pois não haverá substituição. Já a barraca do desbravador seria provisória, pois aparecendo melhor habitação, será substituída. Torna-se evidente, portanto, que aquilo que é provisório será trocado pelo definitivo ou tem precisão até que chegue o definitivo.³¹

Baseando-se na ideia de Jaqueline Mielke e no exemplo acima citado, o processo cautelar equivale aos andaimes, enquanto a construção equivale ao direito que a parte busca. Considerando a tutela cautelar, esta terá precisão até que se encerre a situação de perigo; já a barraca do desbravador seria algo provisório, equivalente à tutela antecipada, onde a moradia se tornará permanente.³²

Piero Calamandrei quando estabelece a relação: provisório x temporário, expõe que é uma característica marcante onde a temporariedade é aquilo que não dura para sempre, tem duração limitada; já o que é provisório dura até o momento posterior em que for estabelecido um provimento jurisdicional

²⁹ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Processo Civil*, 2018, p. 638: ...no sentido de que não se revestem de caráter definitivo, e, ao contrário, se destinam a durar por um espaço de tempo delimitado. São remédios interinais, seguindo a técnica de cognição sumária em rito de incidente do processamento completo e definitivo da causa. Não compõem objeto de processo autônomo e exauriente. Significa essa provisoriedade, mais precisamente, que as tutelas têm duração temporal limitada àquele período de pendência do processo (NCPC, art.296), conservando sua eficácia também durante o período de eventual suspensão da ação, salvo decisão judicial em contrário (art. 296, parágrafo único).

³⁰ Não se pode confundir o conceito de provisório [3] com o de temporário [4]. Temporária é a providência que não é concedida para ser substituída por sentença definitiva. A título de exemplo, existe a caução de dano infecto [5]. Acompanha tal posicionamento o saudoso Ovídio Baptista da Silva, para quem a tutela cautelar é temporária, enquanto que a antecipação é provisória, no sentido de que esta última, será substituída por uma decisão posterior, e a primeira durará até que perdure a situação acautelanda. Por outro lado, a cautela será concedida, enquanto houver o perigo de dano iminente ou de difícil reparação, logo, o perigo pela inutilidade do provimento judicial. Disponível em: <https://giseleite2.jusbrasil.com.br/artigos/552649490/tutela-provisoria-no-cpc-2015>. Acesso em: 15 jan. 2019.

³² Cf. 2009, p. 33.

garantindo a definitividade. Para ele a concepção de provisório tem a ver com substituição pelo que é definitivo. O provisório deixa de existir para então apenas permanecer o que foi reconhecido como definitivo.³³

Comparando Ovídio Baptista e Calamandrei, podemos concluir que o primeiro, desconsidera a figura da satisfatividade na tutela cautelar, pois assim estaria desconfigurada em sua essência. Já nas palavras do segundo, este entende pela existência das cautelares satisfativas. Para Ovídio, o que Calamandrei considerada tutela cautelar satisfativa, seria tutela antecipada.

Levando em conta o posicionamento majoritário, o provisório é concedido em razão de uma necessidade urgente, que não pode aguardar o procedimento regular de um processo de conhecimento. E o que foi concedido provisoriamente perdurará até o momento em que, cuidadosamente analisado pelo magistrado, este encontre subsídios concretos para concessão do bem de forma definitiva.³⁴

Neste sentido, extraímos que a tutela cautelar não tem competência para ditar a solução definitiva para determinado litígio, pois passível de revogação e por estar vinculada a outra tutela, vigorando até o momento em que esta última é decidida. A tutela cautelar, então, será substituída pela decisão definitiva referente ao direito material perseguido.³⁵

1.3.2 Revogabilidade

A tutela cautelar está sujeita à revogação a qualquer tempo, conforme estabelecido no art. 296³⁶, CPCB e no art. 372^o, CPCP³⁷.

³³ Cf. *Introdução ao Estudo...*, 2000, p. 26.

³⁴ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 08.04.2008, processo 285/07.1TBMIR.C1: ...A provisoriedade da providência transparece tanto da circunstância de disponibilizar uma tutela distinta da que é fornecida pela acção principal de que é dependente, como da sua necessária substituição pela tutela que vier a ser definida nessa acção (artº 383 nº 1 do CPC); o objecto da providência cautelar não é a situação jurídica acautelada ou tutelada, mas, de harmonia com a sua finalidade, a garantia do direito, a regulação provisória da situação ou a antecipação da tutela requerida no respectivo procedimento (artº 384 nº 3 do CPC); as providências cautelares implicam uma apreciação sumária através de um procedimento simplificado. (artº 384 nºs 1 e 3, 385 nºs 1 e 2, 386 nº 1 do CPC)». Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c3f48367dabad43080257432004aa2ec?OpenDocument>. Acesso em: 21 jan. 2019.

³⁵ Cf. BEDAQUE, 2009, p. 154: Para essa concepção de tutela cautelar não tem relevância seu conteúdo ou as circunstâncias a ela externas. Importantes são os aspectos formais do provimento, ou seja, sua absoluta inidoneidade para o definitivo. Diante da necessidade de prevenção do dano, a declaração judicial é baseada em cognição superficial da realidade social trazida ao processo, circunstância que impede o juízo de certeza, único apto a produzir decisão definitiva e imutável. [...] A provisoriedade determina a necessária substituição da tutela cautelar pela providência definitiva.

³⁶ Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

³⁷ Ar. 372º.

1 - Quando o requerido não tiver sido ouvido antes do decretamento da providência, é-lhe lícito, em alternativa, na sequência da notificação prevista no n.º 6 do artigo 366.º:

a) Recorrer, nos termos gerais, do despacho que a decretou, quando entenda que, face aos elementos apurados, ela não devia ter sido deferida;
b) Deduzir oposição, quando pretenda alegar factos ou produzir meios de prova não tidos em conta pelo tribunal e que possam afastar os fundamentos da providência ou determinem a sua redução, aplicando-se, com as adaptações necessárias, o disposto nos artigos 367.º e 368.º.
2 - O requerido pode impugnar, por qualquer dos meios referidos no número anterior, a decisão que tenha invertido o contencioso.
3 - No caso a que se refere a alínea b) do n.º 1, o juiz decide da manutenção, redução ou revogação da providência anteriormente decretada, cabendo recurso

A revogabilidade depende da interação de 2 (dois) elementos: provisoriedade e sumariiedade, isto é, há uma análise superficial e não exauriente que confere a transitoriedade onde a medida perdurará, até que possa haver, eventualmente, mudança na situação fática. Estes dois elementos associados à possibilidade de mutabilidade constante nas relações, podem modificar ou até revogar a tutela concedida. Se os fatos são alterados, haverá modificação no teor da decisão.³⁸

Pela doutrina clássica, justifica-se que a tutela cautelar está ligada a sentença que resolve a questão e por esta concepção tradicional, a cautelar destina-se a proteger o processo. Porém, na atualidade, a tutela cautelar está relacionada a proteger um determinado direito material, na qual a sentença, que não se reveste de urgência, não é capaz de consagrar.

Sendo assim, se requerida a tutela cautelar e sendo concedida, sua eficácia apenas se perfaz com o processo principal, haja vista sua dependência. Neste diapasão, a tutela cautelar manterá seus efeitos até que seja proferida sentença de mérito. E dependendo do resultado da demanda principal, será a cautelar mantida ou revogada automaticamente. Portanto, enquanto em curso o processo principal, estão mantidos os efeitos da tutela cautelar.

Em sentido contrário, oportuno trazer o ponto de vista de Ovídio Baptista citado por Marinoni, mesmo que uma sentença tenha como resultado a improcedência, isso não quer dizer, obrigatoriamente, que a tutela esteja revogada, em situações excepcionais, onde o doutrinador sugere que o magistrado em sua decisão de improcedência, deixe registrado que a tutela cautelar deve ser mantida até o trânsito em julgado após a análise de eventual recurso³⁹. Em sentido contrário, trazemos à tona José Alberto dos Reis que declara que seja a sentença definitiva procedente ou improcedente, os efeitos da tutela cautelar não poderão subsistir⁴⁰

Diante do exposto, consideramos que mesmo sendo proferida sentença de improcedência, a tutela cautelar não pode perder seus efeitos na constância de recurso interposto. Há necessidade de se aguardar a resposta do recurso, para que efetivamente transitada em julgado a decisão do processo principal, cesse-

desta decisão, e, se for o caso, da manutenção ou revogação da inversão do contencioso; qualquer das decisões constitui complemento e parte integrante da inicialmente proferida.

³⁸ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 2018, p. 640-641: A *revogação*, quando ocorre, importa a subtração total da eficácia da medida antes deferida, retirando à parte toda a tutela provisória, por não mais subsistirem as razões que, de início, a determinaram.

³⁹ Cf. PINTO, Luciana em seu artigo que tratou “A compreensão da tutela antecipada sob o prisma de sua eficacialidade”: Imagine-se que a vítima venha sendo tratada num hospital à custa do causador do dano, por força de antecipação parcial da tutela, e a sentença dê pela improcedência da ação. A paralisação, ainda que temporária, do tratamento pode comprometer irremediavelmente a saúde e até a vida do paciente, além do consectário de agravar a extensão da responsabilidade daquele que sai vitorioso no primeiro grau de jurisdição, mas vem perder a causa em grau de recurso”. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/compreens%C3%A3o-da-tutela-antecipada-sob-o-prisma-de-sua-eficacialidade>. Acesso em: 11 fev. 2019.

⁴⁰ Cf. REIS, José Alberto, 1985, p. 56-57: Na verdade, se a providência cautelar surge com a feição de medida *provisória*, se tem como suporte uma apreciação jurisdicional ligeira e sumária, não faz sentido que sobreviva à emissão da sentença *definitiva*, que prolongue os seus efeitos para além do julgamento normal e ordinário, proferido com todas as garantias da discussão e ponderação. Quer dizer, pela sua própria natureza e pelas condições em que vem à luz, a providência cautelar tem uma vida necessariamente limitada: só dura enquanto não é proferida a decisão da causa principal. Logo, se forma a decisão definitiva, a providência cautelar, porque é provisória, caduca automaticamente, perde *ex se* ou *ipso iure*, a sua eficácia, a sua vitalidade.

se a tutela concedida. Importante salientar que no caso de improcedência do pedido principal, o magistrado deve registrar e fundamentar na sentença o porquê não revogou a tutela cautelar concedida. Há também a hipótese da tutela cautelar ser revogada em razão do surgimento de fato que possa alterar o entendimento que até então havia sido levado em conta quando da concessão.⁴¹

Lopes da Costa argumenta sobre a revogação considerando que: a) se a sentença for desfavorável, a tutela cautelar deve ser revogada; se a sentença for favorável, a tutela cautelar cessa seus efeitos, até ser efetivamente substituída pela decisão do processo principal; b) se a hipótese for de revogação se der em razão da modificação na situação fática, que pode fazer desaparecer por completo o temor do dano que justificou, anteriormente, a providência. Ressalta que o juiz não poderia fazê-lo de ofício e nem em audiência “inaudita altera par”. Deve, a revogação, ser devidamente fundamentada pelo interessado que deve provar as circunstâncias que sofreram alteração.⁴²

1.3.3 Fungibilidade

O art. 305, CPCB, preconiza que a petição inicial que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará seu fundamento, com exposição do direito que objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, e ainda, orienta que se o magistrado, entender que o que foi exposto se refere à tutela antecipada, deve se submeter ao art. 303, possibilitando a ocorrência da fungibilidade de uma medida pela outra, de acordo com a interpretação feita pelo juiz⁴³.

Já no Ordenamento Jurídico Processual Português, encontramos o instituto da fungibilidade entre as medidas de acordo com o conteúdo do art. 37º combinado com o art. 376º, n. 3 que autorizam o juiz a fazer adaptações de acordo com as conveniências processuais para que o instrumento processual seja útil tanto aos envolvidos como ao próprio Estado.

⁴¹ Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Decisão do Tribunal Pleno proferida em 12/12/2018 publicada no DETC nº 1973, em 08/01/2019, sobre o processo 31534/18, de REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993 do MUNICÍPIO DE ARAUCÁRIA tendo como interessados ALMIR LEMOS, EDUARDO RODRIGUEZ MELO, HISSAM HUSSEIN DEHAINI e outros. tendo como relator o CONSELHEIRO VICE-PRESIDENTE NESTOR BAPTISTA. Ementa: Representação da Lei 8.666/93. Concorrência nº 001/2017 do Município de Araucária. Irregularidades sanadas. VOTO pela Revogação da Cautelar. Disponível em <https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/acordao-3791-2018-do-tribunal-pleno/319880/area/10#Ementa> Acesso em: 11 fev. 2019.

⁴² Cf. COSTA, Lopes da, 1966, p. 52-55.

⁴³ CPCB, 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.

E ainda com base no que preceitua o art. 368º, n. 2, CPCP, não seria aplicável a fungibilidade uma vez que a providência cautelar pode ser negada pelo tribunal na hipótese da ocorrência de prejuízo ao requerido que exceda o dano causado que o requerente tentou evitar.

Cabe esclarecer que a possibilidade de fungibilidade ou aproveitamento entre as providências cautelares no processo civil lusitano só é possível entre as espécies dos procedimentos cautelares nominados.

Na opinião de Medina, há muitas semelhanças entre as liminares fundadas em urgência, que antecipem efeitos da tutela ou que acautelem, não sendo fácil distinguir se o que o autor pretende é tutela antecipada ou medida cautelar, conceitos que não podem ser tratados como sendo absolutamente distintos.

Na vigência do CPCB/1973, parte da doutrina afirmava ser irrelevante a distinção, devendo a antecipação dos efeitos da tutela e a tutela cautelar merecerem o mesmo tratamento jurídico. Já pelo CPCB/2015 houve unificação em muitos termos, quanto à disciplina das tutelas de urgência antecipatória e cautelar. Contudo, importante salientar que não deixam de existir as diferenças entre tais institutos, mas sendo possível haver “fungibilidade” entre elas.

Deixa cristalino assim que o juiz deve interpretar o pedido de modo a extrair-lhe o seu sentido, ainda que utilizada terminologia considerada menos precisa, conforme o caso, tornando-se necessária a adequação procedimental quando o pedido de tutela de urgência corresponder à modalidade distinta da indicada pelo autor (cf., p.ex., art. 305, parágrafo único).⁴⁴

Neste diapasão, trazemos Dinamarco, que além de utilizar o termo fungibilidade, também usa conversibilidade, considerando a fungibilidade como legítima e justificável quando estiver inserida no contexto das medidas de urgência, sendo dispensável uma precisão tão radical, dispensando a preocupação por investigar em qual espécie se contém. Havendo, assim, qualquer confusão conceitual praticada pela parte, o juiz concederá a cautelar sempre que estejam presentes os requisitos desta. E vice-versa, ele concederá a tutela antecipatória quando erroneamente o autor haja denominado de cautelar, sempre que os respectivos requisitos estejam presentes⁴⁵.

Essa é a regra da conversibilidade das medidas urgentes (ou fungibilidade), disciplinada de modo incompleto no art. 305, par., do Código de Processo Civil – porque ali só se fala na conversão de uma demanda de medida cautelar em antecipatória e não na hipótese inversa. Com ou sem uma disciplina

⁴⁴ Cf. MEDINA, 2017, p. 261-262.

⁴⁵ Cf. *Instituições de Direito...*, 2017, p. 258.

específica, porém, a conversibilidade em mão dupla constitui projeção da regra, bastante ampla em direito processual, segundo a qual “o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados” etc., conforme CPCB/2015, art. 283.

Interessante notar que o art. 305, conforme confrontado por Dinamarco, apesar de tratar da conversão da medida cautelar em antecipada e não vice-versa, nada impediria o caminho inverso. O magistrado ao agir tomando o caminho inverso e não estabelecido em lei, não estaria agindo arbitrariamente.^{46 47 48}

Para Alexandre Freitas Câmara, a chamada fungibilidade não seria a nomenclatura mais adequada, e sim a convertibilidade. Na fungibilidade ocorre a substituição de uma técnica em outra, e na convertibilidade, ocorre que já que a técnica empregada mostrou-se inadequada, será convertida em outra.⁴⁹

Ressaltamos que Ovídio Baptista não é favorável ao instituto da fungibilidade entre as tutelas de urgência cautelar e antecipada, por entender que cada uma delas possui características próprias e autonomia, não sendo permitido confundi-las.

Ademais, a fungibilidade seria um instrumento disponível ao magistrado que, em situações sensíveis e tendo dificuldade em reconhecer qual seria a tutela cabível, evitando que o direito pleiteado fosse sacrificado. Isto é, entre indeferir uma medida por não preencher os ditames objetivos e compreender

⁴⁶ Cf. MARINONI, 2018, p. 254 argumenta que “de qualquer forma, o legislador quis premiar o autor que equivocadamente requer tutela antecipada sob o rótulo de cautelar, dando-lhe a oportunidade de ver os trilhos do procedimento pertinente à tutela *substancialmente* pleiteada utilizados pelo juiz. Porém, se isto está escrito na lei, certamente não há motivo para não admitir o inverso, ou seja, a possibilidade de o juiz entender que o pedido de tutela equivocadamente batizada pelo autor como antecipada seja processado mediante o procedimento e sob as técnicas processuais idealizados para a tutela cautelar”.

⁴⁷ APELAÇÃO – TUTELA ANTECIPADA DE CARÁTER ANTECEDENTE CONVERTIDA EM PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – POSSIBILIDADE – DOCUMENTO DE CARÁTER INDISPENSÁVEL – EXIBIÇÃO PARCIAL DO DOCUMENTO – Inexiste qualquer óbice legal para que o requerimento de tutela cautelar em caráter de urgência fosse recebido como produção antecipada de provas, pois é dever do Magistrado sanear eventuais vícios processuais de modo que o feito tramite regularmente, sendo certo, ainda, que conforme dispõe o art. 322, § 2º, do CPC, na interpretação do pedido deve se levar em consideração o conjunto da postulação e observância do princípio da boa-fé, atendendo-se à causa de pedir. – É direito da parte se escusar de exhibir em Juízo documento inerente à sua vida privada, tal como preceitua o art. 404 do CPC, evitando, assim, que ocorra uma devassa na vida privada da parte, de modo a preservar o direito à intimidade, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal. – A escusa para exhibir o documento deve ser mantida especificamente para que se evite que a vida da família seja exposta a terceiros exclusivamente no que toca à dinâmica da família, ou seja, núcleo de convivência e afeto dos integrantes desta (art. 404, I, do CPC), sendo possível, entretanto, que demais elementos que compunham o pedido de partilha homologado sejam franqueados ao conhecimento da apelada, pois do contrário estar-se-ia obstando que eventual direito da apelante não pudesse ser exercido (direito de recebimento de honorários advocatícios), cuja existência depende exclusivamente do conhecimento dos termos em que se deu a partilha homologada com relação às questões da empresa Sky Optiks Indústria de Óculos Ltda, situação essa que poderia em tese causar enriquecimento sem causa à apelante, o que não se pode permitir. RECURSO PROVIDO EM PARTE. Vistos. (TJSP; Apelação Cível 1037198-24.2018.8.26.0002; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 3º Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/02/2019; Data de Registro: 22/02/2019). Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=12249519&cdForo=0&uidCaptcha=sajcaptcha_9592b0b2d5804ef6affe7d2b6f771fae&vCaptcha=Rre&novovCaptcha= Acesso em: 07 mar. 2019.

⁴⁸ Ação cautelar antecedente para busca e apreensão de equipamentos. Sentença de carência de ação, por inadequação da via eleita (CPC, art. 485, VI). Apelações de um dos autores e das rés. Nada impedia o recebimento do pedido cautelar – que, aliás, tem caráter satisfativo – como tutela antecipada (art. 303 do CPC). Fungibilidade entre medidas antecipatórias e cautelares (parágrafo único do art. 305 do mesmo código). Anulação da sentença, dessa forma, determinando-se o recebimento da petição inicial como antecipação de tutela antecedente, com preservação das provas até agora produzidas (art. 282, CPC). Apelações a que se dá provimento, com determinação. (TJSP; Apelação Cível 1012382-62.2016.8.26.0223; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guarujá - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/02/2019; Data de Registro: 20/02/2019) Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12239164&cdForo=0> Acesso em: 07 mar. 2019.

⁴⁹ Cf. 2018, p. 17.

e interpretar que há um direito a ser tutelado, deve-se optar pela última opção. A forma não pode superar o bom direito.

1.3.4 Cognição Sumária

Quando se busca uma resposta do Poder Judiciário a uma determinada situação conflituosa, via de regra, pelo procedimento comum, a declaração principal com análise do direito material, será entregue na sentença, após se completarem as fases e a prática dos atos processuais respectivos.

Nem sempre pode-se aguardar a sentença que mesmo que entregasse ou reconhecesse aquilo que se pretende, pela influência do tempo, não traria nenhum tipo de benefício ao resultado positivo da demanda.

Sendo assim, o tempo é um elemento preponderante para utilização adequada da tutela provisória. Caracterizando a urgência na análise para se conceder uma segurança, antes das demais fases processuais e mais especificamente, antes mesmo do direito de defesa estar devidamente efetivado.⁵⁰

O magistrado ao receber uma ação que possui o pedido de concessão de uma tutela provisória, fará uma análise superficial apenas com base na alegação apresentada na exordial, que deverá preencher requisitos processuais – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* - e se necessário, também análise complementar de documentos carreados aos autos.⁵¹

Para Leonardo Ribeiro, a cognição sumária ocorre quando o juiz ao entrar em contato com o relato fático e efetuar uma análise menos profunda e breve, em razão do tempo, concede a liminar na condição *inaudita altera parte*, haja vista ter observado a existência da plausibilidade do direito e necessidade da imediatidade da medida.⁵²

Registre-se que isso é possível e não guarda qualquer abuso ou iniquidade – pois o réu (ainda) não foi ouvido – além de que há comando constitucional viabilizando a prática quando sustenta que o direito de ação deve estar resguardado quando, mesmo não ocorrendo uma análise mais aprofundada e extensa,

⁵⁰ Cf. MIELKE, Jaqueline, 2009, p. 37: Não é demasiado salientar que o tempo é um fator ineliminável em qualquer ordenamento jurídico real. As leis do processo poderão reduzir os inconvenientes que o tempo provoca, inevitavelmente, na vida dos direitos, procurando afeição-las às exigências do caso concreto, porém, sem jamais suprimir inteiramente o fator temporal. A tutela cautelar é um dos modos de reduzir-se os inconvenientes que o tempo causa no processo.

⁵¹ Cf. MEDINA, p. 245-246: A compreensão que temos da importância da Constituição em relação à realização dos direitos dispensa que se conceba uma justificação diversa para a existência de tutelas jurisdicionais diferenciadas – e respectivas técnicas processuais –, para fazer frente às hipóteses em que o direito material (ainda que aparente) encontre-se em risco, caso não tomada alguma medida judicial urgente. Em risco pode se encontrar o próprio direito, seja porque existente alguma circunstância que sobre ele pesa in concreto, seja porque a sujeição do reconhecimento do direito a técnicas mais seguras para seu acerto poderia, aí então, colocá-lo em risco. Pode-se, no caso, estar diante de “perigo de dano”, ou de “perigo da demora”

⁵² Cf. *Tutela Provisória...*2018, p. 127-128.

necessita-se de um pronunciamento através de uma tutela preventiva, imediata e adequada, sem se precisar aguardar os demais atos processuais que poderiam comprometer mais ainda caso a garantia não fosse concedida.

No art. 5º, LXXVIII, CF, faz menção de que a tutela deve ser entregue em tempo hábil para que se restrinja ou extermine com determinada violação. Observe-se que mesmo não havendo necessariamente o elemento urgência, caso haja demora na concessão, isso por si só, já traria prejuízo. E não é concebível que o processo, instrumento a favor da resolução de conflitos e donde ocorrerá a entrega da tutela jurisdicional, seja palco para que se amplie lesões, em razão do desrespeito ao que se considera tempo razoável e coerente àquela situação.

Alguns doutrinadores, como Wambier e Orione Neto, apontam 2 (duas) espécies de sumariedade: a formal e a material, onde a primeira, justifica-se no procedimento que será abreviado, sob pena de se comprometer a satisfação do direito. Observamos isso, quando logo após a análise da petição inicial e observando a presença dos elementos processuais caracterizadores, haverá concessão da garantia requerida. Já a segunda, fundamenta-se na análise superficial das provas apresentadas, haja vista que se houver um aprofundamento, levará a uma extensão de tempo que, por consequência, ampliará ainda mais a lesão.⁵³

1.3.5 Referibilidade

No art. 801, III, CPCB/1973, já encontrávamos a determinação de que a medida cautelar terá que constar expressa e precisamente na petição inicial. No art. 305, CPCB/2015, consta que na 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.

Porém, muito mais do que determinar o que se pretende com a tutela cautelar, deve haver referência clara ao direito que se pretende assegurar e que será visualizado pelo magistrado quando da análise do pedido cautelar e natural menção do direito substancial que futuramente será acolhido.

Assim, nas palavras de Leonardo Ribeiro, a referibilidade está presente quando o requerente determina qual o direito pretende ver assegurado e que constará no processo principal, isto é, há uma

⁵³ Cf. GIUSTINA, Karina Della. *As Medidas Cominatórias na Ação Cautelar de Exibição*, 2009, p. 23.

ligação da tutela cautelar à tutela do direito. Se não houver referência ao direito substancial que se pretende na ação principal, ocorrerá a satisfatividade que descaracteriza a tutela cautelar.⁵⁴⁵⁵

Para Marinoni, a referibilidade é inerente à tutela cautelar, pois afasta a noção de satisfatividade. Em contrapartida, Bedaque defende que mesmo que o juiz antecipasse no provimento cautelar, os efeitos da tutela final, ainda assim não estaria descartada a referibilidade, não sendo adequada a desconsideração em razão de uma breve satisfatividade.⁵⁶ Sendo assim, se ele considera que pode ocorrer a antecipação da tutela final, isso não seria considerada tutela cautelar e sim tutela antecipada.

Ovídio Baptista defende a autonomia (procedimental) do procedimento cautelar, não havendo necessidade de estar vinculado ao processo principal, porque a função do procedimento cautelar não é proteger o processo principal e sim um direito. Considera, também, que mesmo havendo a extinção do processo principal, a tutela cautelar pode continuar a produzir seus efeitos enquanto existir a situação de perigo. Neste sentido, o doutrinador não considera a instrumentalidade característica inerente ao processo cautelar.⁵⁷

Oportuno esclarecer que no ordenamento processual civil brasileiro, o pedido cautelar e o pedido principal, constarão no ambiente do mesmo processo, sendo que quando proposta a ação com pedido cautelar e sendo concedida a tutela, após 30 dias, o requerente deverá emendar a petição inicial informando o pedido principal, conforme art. 308, CPCB.

⁵⁴ Cf. MARINONI, p. 88: A tutela cautelar sempre está referida a uma provável tutela já requerida ou que poderá via a ser solicitada. Por isto mesmo, como já demonstrado, a tutela cautelar é “não satisfativa”; destina-se apenas a assegurar a tutela jurisdicional do direito, não sendo capaz de prestá-la ou de satisfazer ou realizar o direito. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a uma tutela ou situação substancial acautelada. Inexistindo referibilidade, não há direito acautelado, mas sim tutela satisfativa.

⁵⁵ Na seguinte sentença consta a interessante decisão, no procedimento cautelar nº1990583-4/2008, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, cidade de Salvador, Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, em 22 de agosto de 2008, que considerou a petição inepta por ausência ao que se pretenderá no processo principal: (...) Dessa forma, ao compulsar os autos, verifico que a exordial não preenche os requisitos específicos das ações cautelares de cunho preparatório. Com efeito, não há nenhum rasto de referência à ação principal a ser proposta. Em realidade, a presente ação vincula pedido de cautelar satisfativa que não tem acolhida no sistema processual civil brasileiro. Em verdade, a peça vestibular não contém menção explícita da ação que deseja acautelar, e quando ocorre esta omissão, deve haver a rejeição da exordial. A jurisprudência pátria é pacífica acerca desta situação, como indica os julgados abaixo transcritos: “Inépcia da Inicial cautelar. Petição inicial considerada inepta por não atendimento do CPC 801, III. Se a cautelar não tem caráter satisfativo, deve mencionar qual a ação principal a ser proposta e seu fundamento, para que, assim, possa-se verificar se os requerentes têm legitimidade e interesse para propor a ação principal. (STJ, Pet. 458-4 DF, rel. Min. Pedro Acioli, j. 16.6.1993, DJU 21.6.1993, p. 12385). Omissão quanto à demanda principal a ser posteriormente ajuizada. Tal conduta representa a verdadeira afronta à determinação contida no CPC 801, III, caso que a inicial deve ser indeferida de plano. (2º TACivSP, ap. 302846, rel. Juiz Antonio Marcato, j. 17.12.1991).” Por fim, atento ao princípio da economia processual e autorizado pelo art. 801, inciso III e no artigo 267 inciso I, ambos do Código de Processo Civil, e diante da natureza satisfativa da presente ação cautelar a qual desfigura o caráter acessório da mesma, julgo ausente requisito essencial para conhecimento da petição inicial da ação cautelar, tornando-se, desta forma, desnecessário dar prosseguimento ao feito. Ex positis, considerando a ausência de menção à ação principal a ser ajuizada após a presente ação cautelar preparatória, e o caráter satisfativo da mesma, em franco desrespeito aos requisitos específicos das ações cautelares, INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL E DECLARO EXTINTO o processo sem a resolução do mérito, *ex vi lege* do artigo 801, inciso III e do artigo 267, inciso IV, ambos do Código de Processo Civil. [...]. *grifo nosso* Disponível em: https://diario.tjba.jus.br/dpjonline/files/Ed_4628/CADERNO_2/SECAO_29/SUBSECAO_129/111849.html Acesso em: 18 fev. 2019.

⁵⁶ Cf. RIBEIRO, 2018, p. 131.

⁵⁷ Cf. 1980, p. 29-30: [...], a tutela jurídica está orientada no sentido de prevenir a ocorrência de uma lesão mais profunda e um bem juridicamente tutelado. Daí o caráter de prevenção que não é exclusivo da ação cautelar, mas que lhe é, de certo modo, inerente. Ai, pois, reside a autonomia da tutela cautelar: a prestação jurisdicional visa eliminar ou evitar a probabilidade de sacrifício de um interesse, face a uma “situação perigosa”. Não há, assim, porque vincular-se, essa especial tutela jurisdicional, com o resultado de um outro processo que muitos consideram principal. Daí, também, porque a nota de instrumentalidade atribuída à ação cautelar, além de não lhe ser exclusiva, é incompatível com sua autonomia.

Já no ordenamento processual civil português, existem 2 (duas) opções, caso seja efetuada a tutela cautelar de forma incidental ou autônoma, conforme art. 364º, n. 2 e 3, CPCP. Com o objetivo de esclarecer esta questão procedimental da tutela cautelar, em ambos ordenamentos jurídicos, será tratada no capítulo 2 com mais atenção e profundidade.

1.3.6 Instrumentalidade

Não nos aprofundaremos, por ora, neste aspecto, em razão de ser a questão central do presente trabalho e será tratada adequadamente em oportuno momento posterior.

1.4 Requisitos para concessão

Além das características que foram expostas e justificadas, também ter-se-ão que ser atendidos, simultaneamente⁵⁸, requisitos para concessão da liminar, sob pena de ser concedida de forma injusta, desnecessária e, ainda, podendo gerar danos. O magistrado deve agir com cautela na análise que será sumária e perfunctória, na maioria das vezes, sem a oitiva da outra parte.

No CPCB, encontramos estes requisitos descritos no art. 300 e no CPCP, art. 362º e 365º.

Saliente-se que a análise célere e urgente, não quer dizer que o juiz seja obrigado a deferir ou a conceder, caso entenda ou esteja fundamentada numa prova frágil ou ainda com mero caráter indiciário. Além de que se puder obter proteção do direito perseguido por outros meios, que não a cautelar, deverá fazê-lo, utilizando-se da fase e espécies probatórias da forma comumente contidas no procedimento.

⁵⁸ Cf. MEDINA, 2017, p. 266-267: Os pressupostos para a concessão da liminar de urgência não são examinados separadamente e, depois, somados, como se se estivesse diante de uma operação matemática. Há mútua influência, verdadeira interação entre eles. A proeminência do *fumus* pode justificar a concessão da liminar, ainda que menos ostensivo o *periculum*, e vice-versa. Os requisitos não são absolutamente independentes, mas se inter-relacionam. Esse modo de pensar vem ganhando corpo, na doutrina e na jurisprudência. Alude-se à "doutrina dos vasos intercomunicantes". De acordo com essa perspectiva, evidência e urgência podem ou não ser extremadas, ou apenas evidência ou urgência ficam extremadas (concorrendo o outro pressuposto, de modo menos exagerado), ou, ainda, hipóteses de tutela "pura", em que a evidência dispensa a urgência, ou vice-versa, podendo haver as seguintes variações: evidência extremada pura, urgência extremada pura, evidência extremada e urgência não extremada, urgência extremada e evidência não extremada, evidência e urgência extremadas, evidência e urgência não extremadas, evidência pura de extremidade legalmente presumida, urgência pura de extremidade legalmente presumida. Decidiu-se, seguindo semelhante modo de pensar, que "a) quanto mais denso o *fumus boni iuris*, com menos rigor deverá o juiz mensurar os pressupostos concernentes ao *periculum in mora*; b) quanto maior o risco de perecimento do direito invocado ou a probabilidade de ocorrer dano de difícil reparação, com maior flexibilidade deverá considerar os pressupostos relativos ao *fumus boni iuris*".

Os dois requisitos que falaremos logo a seguir, guardam em si a essência da tutela cautelar. É preciso reconhecer que falar em tutelar cautelar faz-se necessário abordar detalhadamente ambos os elementos, quais sejam, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

1.4.1 *Fumus Boni Iuris*

Este primeiro requisito guarda em si que ao ser requerida a tutela cautelar esta esteja prestigiada na lei, partindo do pressuposto que foram atendidas as orientações legais, não resta saída ao magistrado senão conceder a segurança. Quer dizer, só haverá a concessão se o requerente provar que existe um tal direito que mereça a concessão da tutela de urgência.

Cabe reconhecer, no entanto que, devemos interpretar a comprovação da existência do direito considerando que o requerente não precisa trazer a certeza como elemento essencial. O que ele precisa é carrear aos substanciais indícios da probabilidade do direito. Caracteriza-se, assim, a verossimilhança, que transita entre a certeza e a incerteza.⁵⁹

Marinoni justifica esse juízo de probabilidade expondo que a necessidade da tutela de urgência se funda numa posição fragilizada do autor que está ameaçado de dano. E para que obtenha a respectiva proteção, concede-se ao magistrado decidir com base na probabilidade, afastando a certeza que é objeto da regra do ônus da prova. Basta-lhe, assim, uma convicção de probabilidade relevante, isto é, “que o material trazido ao processo indique que o direito do autor é mais provável do que o do réu”.⁶⁰

Nas palavras de Ovídio Baptista essa situação de perigo ou perigo de dano significa que o requerente visualiza a possibilidade de “uma perda, sacrifício ou privação de um interesse juridicamente relevante”. Reforça que as modificações do mundo exterior, sejam produzidas pelo homem ou pela natureza, podem criar excessivo perigo dando azo à periclitância de determinado bem, trazendo à tona a necessidade da tutela cautelar, que prevenirá o dano ou pelo menos, sua ampliação.⁶²

⁵⁹ Cf. FREITAS, Lebre de. *CPC Anotado - volume 2...*, 2008, p. 6: O requerente da providência há-de, por um lado, afirmar a existência do direito tutelado – ou do interesse juridicamente protegido, incluindo o interesse colectivo ou difuso – e, por outro lado, o fundado receio de que lhe seja causada lesão grave e dificilmente reparável. Dadas a provisoriedade da medida cautelar e sua instrumentalidade perante a acção de que é dependência, basta-lhe-á fazer prova sumária da existência do direito ameaçado.

⁶⁰ Cf. *Tutela de Urgência e Tutela da Evidência...*, 2018, p. 147.

⁶¹ *Idem*. P. 147, ainda complementa que: Mas na tutela de urgência também assumem importância: i) as razões que levaram o juiz a acreditar, ou não, na prova; ii) a ligação que o juiz estabeleceu entre as provas e os fatos; iii) os motivos que levaram o juiz a estabelecer, ou não, uma presunção; iv) a consideração das regras de experiência que guiaram o raciocínio judicial. Assim, nada significa dizer, seca e simplesmente, que há, ou não, probabilidade, pois essa convicção deve resultar da justificativa da decisão. Grosso modo, é preciso descrever o fato probando e as provas produzidas, explicar a relação entre as provas e os fatos – inclusive indiciários – e a relação entre os fatos indiciários provados e o fato probando, além de deixar claras as regras de experiência – e os seus fundamentos – que conduziram o raciocínio judicial.

⁶² Cf. *As Ações Cautelares...*, 1980, p. 28-29.

Observa-se que a iminência da lesão é muito relevante para a concessão da cautelar, porém, acima disso, precisamos analisar o que se quer dizer com lesão ou dano de difícil reparação. Para Rita Lynce, há um critério subjetivo e outro objetivo que ajudarão a identificar tal condição. Pelo critério subjetivo analisar-se-á a condição do requerido em suportar os ônus de eventual reparação, que é o critério mais bem aceito pela jurisprudência portuguesa. Já pelo critério objetivo considera-se a lesão em si e sua extensão na vida do requerente da proteção.⁶³⁶⁴

Importante registrar que o *fumus boni iuris* se relaciona com o direito principal que ainda será tutelado, haja vista que o magistrado ao se dar conta, pela análise perfunctória da tutela cautelar, consegue visualizar que o direito principal é inviável e, naturalmente, não concederá a tutela cautelar.

Posição esta defendida por Marinoni e por Leonardo Ribeiro, que destoam da que constava na vigência do CPCB/1973, defendida por Humberto Theodoro, que defendia que o *fumus boni iuris* se relaciona com a demonstração que o requerente trouxe comprovando seu direito a ação principal, isto é, não ocorria a análise da probabilidade da existência do direito material, apenas observava-se se a parte preencheria as condições da ação para propor a ação principal, como por exemplo, ser parte legítima, interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.⁶⁵

Conclui-se que sendo invocada a existência de uma situação de perigo e para que a tutela cautelar seja útil, mesmo que num primeiro momento apenas aconteça o manusear da situação não revestida de certeza, precisa-se de discernimento para verificar se é provável que no futuro seja proferida uma decisão de procedência na ação principal.⁶⁶

⁶³ *A função instrumental da tutela...*, 2003, p. 59-60: O legislador, no preceito eu prevê o âmbito de aplicação das providências cautelares não especificadas, usa a expressão *reparável*. No rigor dos princípios, toda lesão é reparável, no sentido eu se acabou de descrever. Pode não poder ser objeto de reintegração *in natura* ou por equivalente pecuniário, mas poderá, sempre, ser alvo de uma mera reparação. Em suma, de uma forma, ou de outra, todos os danos se podem considerar reparáveis. Talvez, por isso, entre outras razões, o legislador português tenha optado, pra caracterizar a lesão, pelo qualificativo *difficilmente reparável*, ao invés de irreparável, como sucedeu com a fonte italiana do preceito.

⁶⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 23/05/94, processo 4341402, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e557921a4645f5e88025686b00668bd5?OpenDocument>. Acesso em 14/02/2019; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 08/02/00, processo 9921614, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/07e63e88b2fdb73f802568b700308775?OpenDocument> Acesso em: 14 fev. 2019.

⁶⁵ Cf. RIBEIRO, Leonardo. *Tutela Provisória: tutela de urgência...*, 2018, p. 141.

⁶⁶ Cf. SILVA, Lucinda da. *Processo Cautelar Comum...*, 2009, p. 142-143: Incumbe ao requerente demonstrar a probabilidade de procedência da ação principal, invocando factos que permitam inferir tal conclusão, pelo que tais factos constituirão, no seu conjunto, uma aproximação sumária da causa de pedir da ação principal. Trata-se, nesta medida, de um requisito prévio, relativamente aos demais, permitindo distinguir, adentro da causa de pedir da ação cautelar, além dos factos consubstanciadores da existência de perigo para a tutela jurisdicional efectiva no processo principal (factualidade relevante exclusivamente no processo cautelar), um segmento correspondente ao conjunto de factos que proporcionam um vislumbre do que será a causa de pedir da ação principal e permitem aferir da probabilidade de futura procedência dessa lide.

1.4.2 *Periculum in Mora*

O segundo requisito se fundamenta na entrega de uma tutela célere e útil, justificando que o tempo pode comprometer seriamente caso a tutela não seja entregue em tempo hábil, haja vista que a tutela cautelar tem como finalidade neutralizar os efeitos do tempo.

Para Calamandrei, *periculum in mora* é a base das medidas cautelares e sua presença demonstra a precisão da cautelar pois, em outras formas de procedimentos, a ameaça do dano não seria evitada ou remediada. No procedimento ordinário, por exemplo, há fases que são mais longas e naturalmente mais lentas que trariam prejuízo ainda maior ao requerente. Ciente de que outros procedimentos não trarão o amparo que uma cautelar concederia, esta será a única alternativa ou, pelo menos, a mais eficaz.^{67 68}

Ainda traz à tona que o procedimento cautelar traz consigo a conciliação de duas exigências: celeridade + ponderação, considerando que entre fazer algo depressa e com má qualidade e o fazer bem feito e com lentidão, o procedimento cautelar desconsidera a ideia do bem ou do mal, sendo importante o equilíbrio com relação à prontidão e esta não pode querer dizer falta de cuidado no momento da análise para que seja ou não concedida a tutela cautelar.⁶⁹

Neste mesmo sentido, mencionamos Calamandrei que expõe que “concilia-se assim, o interesse da celeridade com o interesse da Justiça; para que a decisão final possa ser *justa*, a providência cautelar torna-se rápida”.⁷⁰

Salientemos que não é qualquer dano que caracterizará o perigo da demora. O dano deve ser grave, deve ser substancial e, ao mesmo tempo, conter a ideia da difícil reparação. Diante disso ou até da irreparabilidade, devemos analisar sob um prisma bilateral, pois há, pelo menos duas pessoas envolvidas.

Se for configurado que há risco da irreversibilidade, a tutela cautelar não será concedida, por trazer um prejuízo inverso para a figura do requerido.⁷¹ Ademais, o juiz que ampliar seu olhar e constatar que,

⁶⁷ *Introdução do Estudo Sistemático...*, 2000, p. 36-37: O *periculum in mora*, que é a base das medidas cautelares, não é, portanto, o genérico perigo de dano jurídico, ao qual se pode em certos casos remediar com a tutela ordinária; mas é especificamente o perigo daquele ulterior dano marginal, que poderia derivar do atraso, tido como inevitável em razão da lentidão do procedimento ordinário, do procedimento definitivo. É a impossibilidade prática de acelerar a prolação do procedimento definitivo que faz surgir o interesse na emanação de uma medida provisória; é a mora desse procedimento definitivo, considerada em si mesma como a possível causa de ulterior dano, que se prevê a tornar preventivamente inócua com uma medida cautelar que antecipe provisoriamente os efeitos do procedimento definitivo.

⁶⁸ Cf. REIS, José Alberto, *A Figura do Processo Cautelar*, 1985, p. 26-27: A ordem jurídica não podia deixar de pôr à disposição do titular do direito meios idôneos para obstar a que fosse a vítima da demora ocasionada pela necessidade de que a decisão definitiva da controvérsia seja o produto dum longo trabalho de preparação; se não procedessem assim, a Justiça seria escarnejada e ludibriada pelas manobras fraudulentas de devedores sem escrúpulos. Esses meios idôneos destinados a conjurar o *periculum in mora* são precisamente as providências cautelares.

⁶⁹ Cf. CALAMANDREI. *Introdução do Estudo Sistemático...*, 2000, p. 39.

⁷⁰ Cf. REIS, José Alberto dos. *A Figura do Processo Cautelar*, 1985, p. 27.

⁷¹ 1) Ementa: AÇÃO CAUTELAR INOMINADA, VISANDO A PARALISACAO DA CONSTRUCAO DE EDIFICIO, POR SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL PER- MISSIVA DO AUMENTO DE ALTURA DE EDIFICACOES. ALEGACAO DE PREJUIZO AOS REQUERENTES, MORADORES EM PREDIOS VIZINHOS, PELA PRIVACAO DA AMPLITUDE DE VISTA PANORAMICA. LIMINAR DEFERIDA "INAUDITA ALTERA PARS". AS LEIS PRESUMEM-SE CONSTITUCIONAIS. A

nem sempre, aquele que possui o *periculum in mora* merecerá a cautelar, uma vez que o requerido experimentará prejuízo maior ou desmedido.

1.5 Poder ou Dever de Cautela do Magistrado?

O Poder Geral de Cautela, de natureza jurisdicional, confere ao magistrado adequar a norma abstrata a determinado caso concreto na intenção de solucionar um conflito existente entre as partes, além de preservar a ordem social. Entretanto, ainda significa que o magistrado ao analisa uma norma em branco permitirá que, através do processo interpretativo, opte pela alternativa mais conveniente ao caso concreto.

Quando mencionamos “alternativa mais conveniente”, não queremos dizer decisão ilegal, mas uma decisão que se não tiver amparo, suporte suficiente na lei, o juiz teria a liberdade de analisar o pleito e conceder figura atípica.

Importante esclarecer que esta liberdade citada não deve ser confundida com arbitrariedade ou discricionariedade. Basicamente, o juiz apenas ampliará o alcance de sua decisão fundamentado na subsidiariedade, pois só poderá exercê-lo caso não encontre resposta suficiente na legislação, permitindo essa interpretação por meio de outras fontes.

Neste sentido, não podemos confundir com discricionariedade, pois, conforme exposto por Humberto Theodoro Junior, a concessão ou não de uma tutela de urgência não seria ato discricionário, não se configura uma faculdade do magistrado. Ao sopesar sobre a existência dos elementos identificadores da tutela, esta deve ser concedida. Ainda completa “a conveniência de uma liminar é decorrência de opção da lei e não do juiz, pelo que se deve concluir, em matéria de jurisdição (realização da vontade concreta da lei)”.⁷²

MATERIA DE FATO DEPENDE DE PROVA E INAPRECIÁVEL DE PLANO, NA AUSÊNCIA DE QUALQUER PREVIÓ CONTRADITÓRIO. MEDIDA LIMINAR. NA CONCESSÃO DE LIMINAR, PELA AMPLA DISCRICÃO COM QUE AGE, DEVE O JUIZ REDOBRAR DE CAUTELAS, SOPESANDO MADURAMENTE A GRAVIDADE E A EXTENSÃO DO PREJUÍZO ALEGADO PELOS POSTULANTES E DO PREJUÍZO QUE SERÁ IMPOSTO AOS REQUERIDOS, E A REAL EXISTÊNCIA DO PRESSUPOSTO DO "FUMUS BONI JURIS". AGRAVO PROVIDO, COM A CASSACAO DA MEDIDA LIMINAR. (Agravo De Instrumento Nº 584044135, Primeira Câmara Cível, Tribunal De Justiça Do RS, Relator: Athos Gusmão Carneiro, Julgado Em 26/02/1985). Disponível Em: [Http://www.Tjrs.Jus.Br/Busca/Search?Q=&Proxystylesheet=Tjrs_Index&Client=Tjrs_Index&Filter=0&Getfields=* &Aba=Juris&Entsp=A__Politica-Site&Wc=200&Wc_Mc=1&Oe=UTF-8&le=UTF-8&Ud=1&Sort=Date%3AD%3AS%3Ad1&As_Qj=&Site=Ementario&As_Epq=&As_Oq=&As_Eq=&Partialfields=N%3A584044135&As_Q=#Main_Res_Juris](http://www.tjrs.jus.br/Busca/Search?Q=&Proxystylesheet=Tjrs_Index&Client=Tjrs_Index&Filter=0&Getfields=* &Aba=Juris&Entsp=A__Politica-Site&Wc=200&Wc_Mc=1&Oe=UTF-8&le=UTF-8&Ud=1&Sort=Date%3AD%3AS%3Ad1&As_Qj=&Site=Ementario&As_Epq=&As_Oq=&As_Eq=&Partialfields=N%3A584044135&As_Q=#Main_Res_Juris). Acesso Em: 14 Fev. 2019.

2) Ementa: PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. DEPÓSITO DE ALUGUEL DURANTE REFORMA DE IMÓVEL. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. DESOCUPAÇÃO. PERICULUM IN MORA INVERSO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO (PROCESSO Nº: 0804961-81.2014.4.05.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF AGRAVADO: ROSANGELA PIMENTEL DE LIMA REPRESENTANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO RELATOR(A): DESEMBARGADOR(A) FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO) - 4ª TURMA). Disponível Em [Http://www.Trf5.Jus.Br/Data/2015/03/PJE/08049618120144050000_20150329_40558_40500002006367.Pdf](http://www.Trf5.Jus.Br/Data/2015/03/PJE/08049618120144050000_20150329_40558_40500002006367.Pdf) Acesso Em 14/02/2019

⁷² Cf. *Tutela Jurisdicional de Urgência...*, 2001, p. 14-15.

Sendo assim, se a parte apresenta pretensão onde existem razões fundamentadas e relevantes além de se observar o preenchimento de requisitos elementares à natureza da tutela de urgência, a regra legal é impositiva no sentido do deferimento, não havendo, portanto, em momento algum, espaço para o juiz agir discricionariamente.

O poder discricionário é comum no ramo do direito administrativo brasileiro, onde o juiz teria uma margem para atuar conforme a oportunidade, conveniência haja vista não estar devidamente positivado, necessitando de uma atuação com mais liberdade por parte do magistrado. Na seara processual civil, não seria possível atos discricionários por parte do juiz, apesar de podermos encontrar em julgados, a utilização do termo.⁷³⁷⁴

Na seara processual civil, justificar-se-ia um poder vinculado do magistrado e não discricionário. Seria um ato derivado da função jurisdicional. Assim, estaria, o juiz, está atrelado à lei quando se verificar que o requerente observou o preenchimento das peculiaridades de determinado instituto processual. Se foi verificada de maneira positiva, o juiz deve conceder a tutela, não cabendo a ele optar ou não pela concessão.⁷⁵

No art. 297, CPCB/2015 orienta que o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória, dando azo ao poder geral de cautela⁷⁶.

Para Sydney Sanches, poder geral de cautela consiste na jurisdição exercida pelo juiz, acautelando provável direito do interessado, através de medidas não especificamente descritas na lei ou ainda, mediante

⁷³ Cf. PIETRO, Maria Sylvia Di. *Direito Administrativo*, 2014, p. 221: Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.

⁷⁴ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos contra decisão que não concedeu efeito suspensivo ao agravo de instrumento – Recurso prejudicado. TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE - Suspensão dos efeitos do protesto - Deferimento da liminar condicionado à prestação de caução - Admissibilidade- Ato discricionário do Magistrado inserido no poder geral de cautela - Decisão mantida- Recurso conhecido nesta parte e improvido. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA CAUÇÃO EM DINHEIRO POR BEM OFERTADO PELA AGRAVANTE- Pedido não apreciado pelo magistrado de origem- Impossibilidade de análise neste Grau de Jurisdição sob pena de configurar supressão de instância- Recurso não conhecido nesta parte. (TJSP; Agravo de Instrumento 2161106-10.2018.8.26.0000; Relator (a): Denise Andréa Martins Retamero; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/02/2019; Data de Registro: 26/02/2019). Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=12259918&cdForo=0> Acesso em: 07 mar. 2019.

⁷⁵ Agravo de instrumento – Ação anulatória de assembleia com pedido de tutela de urgência – Condomínio edilício - Tutela antecipada - Indeferimento de liminar – Decisão mantida. Se a situação das partes ainda não está suficientemente aclarada para avaliar-se a necessidade e cabimento da antecipação de tutela, deve ela ser negada - De qualquer modo, assim como a tutela antecipada pode ser revogada ou modificada no curso do processo, também pode ser concedida a antecipação de tutela denegada, desde que novos elementos a recomendem. Agravo desprovido, com observação. (TJSP; Agravo de Instrumento 2025784-81.2019.8.26.0000; Relator (a): Lino Machado; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 8ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 27/02/2019; Data de Registro: 01/03/2019). Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=12278576&cdForo=0> Acesso em: 07 mar. 2019.

⁷⁶ Cf. BAPTISTA, Ovídio. *As Ações Cautelares e o Novo...*, 1980, p. 48: Compreende-se, pois, facilmente, não só a estrutura simplificada do procedimento cautelar, como os poderes, muitas vezes, mais extensos do magistrado nesse tipo de procedimento. Tais peculiaridades decorrem desse duplo aspecto inerente à ação cautelar: a tutela visa tão-só afastar uma situação perigosa, sem declarar nada a respeito do alegado interesse ameaçado por essa situação de perigo; mas, ao mesmo tempo, como decorrência desse iminente risco de dano derivado de uma situação anormal, justificam-se os poderes especiais conferidos ao magistrado para decidir sem uma ampla coleta de provas, satisfazendo-se com a demonstração de uma simples verossimilhança do invocado direito (*fumus boni iuris*) e com a sumária demonstração do risco a que esse direito está exposto (*periculum in mora*).

medidas genéricas e abstratamente admitidas pelo Código. Importante frisar que este poder geral de cautela se exerce de acordo com as normas gerais do processo e os requisitos abordados pelo regime cautelar e caso a legislação expressamente permita, conforme ditava o art. 797, CPCB/1973.

O doutrinador defende que é possível o exercício do poder geral de cautelar tanto na concessão incidente quanto antecedente da cautelar. Ao contrário, defende Medina que fundamenta ser possível o poder geral de cautela apenas em caráter incidental⁷⁷⁷⁸⁷⁹, pois não se deve ignorar o princípio do dispositivo, onde apenas a parte legítima e interessada teria a capacidade e autonomia de promover e requerer a tutela cautelar.

Para Gaup e Stein, a escolha da medida necessária a alcançar o fim a que visa a decisão provisional fica, à exceção do arresto, ao arbítrio do juiz. Por tal forma variam os perigos, que a decisão deve evitar, que se torna impossível fixar de antemão os meios de defesa, uma única de cujas características é passível de ser previamente determinada: a medida deve ser necessária. E Lopes da Costa conclui justificando que esse arbítrio não é totalmente livre, uma vez que deve estar dentro dos limites expostos no pedido exordial, não devendo perder sua natureza provisória.^{80 81}

Acautelando o magistrado de cuidados objetivos para concessão nas hipóteses de atipicidade das medidas, devemos considerar que o poder geral de cautela se fundamenta na condição de que a legislação não alcança todas as situações fáticas de risco possíveis, permitindo ao magistrado uma atuação discricionária, naturalmente, quando percebe hipótese de lesão ou ameaça.⁸²

Uma disposição que deixa claro o poder geral de cautela é a possibilidade da aplicação do princípio da fungibilidade, onde o magistrado percebendo que houve um equívoco da parte em requerer a tutela cautelar quando deveria ser, pelos fundamentos apresentados, tutela antecipada, conforme trata o art. 305º, §único, CPCB.⁸³ Oportuno esclarecer que o contrário também é possível, mesmo que não haja disposição legal.

⁷⁷ Cf. SANCHES, Sydney, em seu artigo Poder Geral Cautelar do Juiz, disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181539> Acesso em: 01 fev. 2019.

⁷⁸ Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizada por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem audiência das partes. (CPCB/1973)

⁷⁹ Cf. MEDINA, p.254: "Poder geral" de cautela e concessão de medidas assecuratórias *ex officio*. Pode o órgão jurisdicional conceder medidas cautelares *ex officio*, a fim de assegurar que os efeitos do ato que realizou ou está realizando se produzam. Isso é menos que instaurar ação em que se realize, em caráter antecedente, uma medida cautelar. Referimo-nos, aqui, à possibilidade de concessão de medidas cautelares de ofício em caráter incidental, apenas. Esse "poder geral", no caso relaciona-se à direção material do processo (cf. art. 139 do CPC/2015, em cujo inc. IV está escrito que ao juiz incumbe tomar medidas necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial).

⁸⁰ *apud* COSTA, Alfredo Lopes da. *Medidas Preventivas*: preparatórias - conservação, 1966, p. 21.

⁸¹ *Idem*, p. 21.

⁸² Cf. BEDAQUE, 2009, p. 230: O poder geral de cautela está também relacionado à idéia de subsidiariedade, pois somente se legitimam sua utilização e seu exercício quando inexistente modalidade de tutela, cautelar ou não, apta a conferir plena satisfação do direito. Se o ordenamento prevê outro instrumento para evitar o perigo de lesão, ou admite a própria tutela principal de forma rápida, mediante cognição sumária, desnecessária a cautelar inominada. Esta só se mostra adequada para as situações em que não há outro meio de evitar dano irreparável ao direito da parte.

⁸³ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação da 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.

Na obra de Marco Gonçalves é possível visualizar o benefício deste “poder” conferido ao magistrado, que encontra justificativa defendendo que a tutela cautelar possui proteção constitucional na medida que necessita de uma efetiva tutela jurisdicional, quando na causação de uma lesão ou podendo ser irreparável caso ocorra, há o consentimento para que o juiz aja através da ampliação do alcance da sua atuação jurisdicional. Expõe que o poder geral de cautelar seria uma exceção ao princípio do dispositivo, em razão da urgência inerente à tutela cautelar, devendo tomar providências convenientes às particularidades daquele caso.⁸⁴⁸⁵

Piero Calamandrei concorda com a adequação da medida efetuada pelo magistrado e critica o fundamento de Chiovenda quando este sugere que o poder geral de cautela ou, ainda, poder cautelar geral, apenas teria justificativa caso não se ferisse os elementos que configuram ou disciplinam o procedimento cautelar de forma geral. Para Calamandrei, não se coaduna com o ordenamento jurídico, porque independentemente da espécie de cautelar solicitada, ainda assim, o juiz manteria, a seu favor, o poder geral cautelar.⁸⁶⁸⁷

Diante do exposto, importante expor a discussão se o poder geral de cautela é um poder ou um dever?

Para Scarpinella, é um poder-dever, sendo que é dever, pois o juiz está atrelado do que ao que a lei determina, portanto, se presentes os requisitos legais, o juiz não tem escolha, a não ser conceder a tutela, se for o caso; é uma imposição da lei. Por sua vez, é um poder, pois para que se garanta a efetividade do resultado pretendido, o juiz lançará mão da proteção constitucional atribuída pelo artigo 5º, XXXV⁸⁸. Neste sentido, oportuno complementar com os esclarecimentos de Bedaque expondo que o poder geral de cautela

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

⁸⁴ Cf. *Providências Cautelares*, 2017, p. 310-311.

⁸⁵ Adequado momento trazer à baila a decisão registrada em Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.11.2013, proc. 5053/13.9TBOER-AL1-2, que defende a interação do magistrado quando no requerimento inicial, a requerente disse vir deduzir procedimento cautelar de arresto e pediu que fossem arrestados determinados bens. Na decisão sobre a providência requerida, p Tribunal de 1ª instância considerou não se verificar o direito de crédito de que depende o decretamento do arresto, mas atendendo, ao nº 3, artigo 392 do CPC, decretou o arrolamento por julgar conferidos os pressupostos a este atinentes. [...] Dispõe o nº 3, artigo 392, CPC que o <tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida>. Comenta, a propósito, Teixeira de Sousa, que o tribunal pode decretar uma providência distinta daquela que foi solicitada, o que pressupõe que os factos alegados pelo requerente possibilitam essa conversão. E refere Abrantes Galdes que <o tribunal, na altura em que profere a decisão, não está vinculado à concessão da medida cautelar individualizada pelo requerente, tendo liberdade para integrar a decisão a medida que entender mais adequada a tutelar a situação e determinar aquilo que melhor favoreça a conservação do direito do requerente ou a antecipação dos efeitos que através da acção definitiva se procuram atingir>. Acrescentando que <o juiz não está vinculado a conceder ou a recusar a medida solicitada, devendo decretar aquela que “concretamente for adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado”, desde que a matéria de facto alegada e provada permita tal convalidação”. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/67d544ba863a14a780257c2f005e738f?OpenDocument>. Acesso em: 04 fev. 2019.

⁸⁶ Cf. CALAMANDREI, 2000, p. 80-81.

⁸⁷ Cf. *Idem*, 2000, p. 77: [...] 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 considere oportunos e apropriados ao caso. O problema pode apresentar notável interesse prático todas as vezes em que, mesmo subsistindo um *periculum in mora*, falte porém no direito positivo um meio cautelar expressamente predisposto para as medidas práticas que em concreto se demonstrariam mais idóneas para eliminá-lo.

⁸⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil...*, 2013, p. 181.

não é ilimitado, que embora amparado pela Constituição, há um condicionamento quanto a garantir o resultado eficaz do processo.⁸⁹

⁸⁹ 2009, p. 233.

CAPÍTULO II

AS ESPÉCIES DE TUTELAS DE URGÊNCIA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PROCESSUAIS DO BRASIL E DE PORTUGAL

Nos Países do Brasil e de Portugal existem regras próprias no que diz respeito, respectivamente, às tutelas provisórias ou providências cautelares. Em suas legislações processuais, contém dispositivos legais fundamentando todo o procedimento. Na legislação processual brasileira encontramos a Lei 13.105/2.015 e na legislação processual portuguesa encontramos a Lei 41/2.013.

2.1 Brasil: tutelas de urgência: cautelar, antecipada e de evidência

No ordenamento processual civil brasileiro, as tutelas provisórias estão dispostas do art. 294 ao art. 311, CPCB/2015.

De acordo com a atual legislação processual civil, houve uma unificação dos procedimentos da tutela antecipada e da tutela cautelar, com a inclusão da tutela de evidência. Encontramos, preliminarmente, as disposições gerais, para depois, serem expostas as características de cada uma das tutelas, quais sejam, tutela antecipada, tutela cautelar e de evidência.⁹⁰⁹¹

As tutelas consideradas urgentes, a antecipada e a cautelar, podem ser requeridas de forma incidental ou antecedente. O magistrado ao analisá-las e independente de conceder, negar, modificar ou revogar, deverá fundamentar de forma precisa e coerente. Quando interposta já na petição inicial será de competência do juiz da causa, mas se for requerida de forma incidental, a competência será do juiz que for analisar o pedido principal. No art. 294, CPCB, informa sobre as possibilidades das tutelas de urgência serem requeridas em caráter:

a) **Antecedente:** se utilizada esta forma, a tutela é exposta antes mesmo do pedido principal, isto é, primeiro é apresentada e justificada a tutela de urgência para depois, ser aperfeiçoada, pelo pedido

⁹⁰ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (*et. al.*). *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2015, p. 487: Está é a primeira de muitas disposições do NCPC, que deixam claro que praticamente se adotou um regime jurídico único para as tutelas de urgência. Já não era sem tempo. Isso representa uma clara mudança de foco na lei processual que, sob a égide do CPC/73, trata de tutela antecipada e da tutela cautelar como tipos distintos, sujeitas a procedimentos e requisitos igualmente distintos, inclusive, com parcela importante da doutrina pátria preocupada em diferenciá-las conceitualmente, demonstrando com precisão cirúrgica os diferentes contornos de uma e de outra. Com essa opinião, contudo, não discordamos.

⁹¹ Cf. *Idem*, *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2015, p. 487: A *tutela de urgência* está precipuamente voltada a afastar o *periculum in mora*, serve, portanto, para evitar um prejuízo grave ou irreparável enquanto dura o processo (agravamento do dano ou a frustração integral da provável decisão favorável), ao passo que a *tutela de evidência* baseia-se exclusivamente no alto grau de probabilidade do direito invocado, concedendo desde já, aquilo que muito provavelmente virá ao final.

principal, nos mesmos autos. Mas, devemos considerar a seguinte diferença: na cautelar, o pedido principal deve ser apresentado em 30 (trinta) dias após a efetivação da tutela; na antecipada, o pedido principal deve ser apresentado em 15 (quinze) dias após a efetivação da tutela. Ainda, a cautelar só sobreviverá com apresentação do pedido principal; já a antecipada tem autonomia, pois pode se tornar estável, caso não haja impugnação por parte do requerido.⁹²

b) **Incidente:** tal forma pode ser requerida por meio de petição simples que será apresentada nos autos e sem necessidade do pagamento de custas. Apesar da informalidade de uma simples petição, o requerente deverá comprovar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Apresentado o pedido a outra parte será ouvida, em razão do contraditório e da ampla defesa, respondendo em 5 (cinco) dias. Via de regra, a outra parte será concedido prazo para se manifestar, mas caso o risco de dano seja imediato, poderá ser concedida *inaudita altera parte*. Caso o juiz entender necessário, poderá designar audiência de justificação prévia, inclusive ouvindo testemunhas.⁹³

Podemos traçar regras comuns entre as tutelas provisórias, como: **a)** podem ser obtidas em caráter antecedente ou incidente; **b)** pode ser tanto de urgência como de evidência; **c)** caso seja requerida em caráter incidental, há isenção no pagamento de custas; **d)** podem ser revogadas ou modificadas; **e)** extensão do poder geral de cautela do magistrado; **f)** o magistrado ao conceder, negar, revogar ou modificar deve, exaustivamente, motivar suas decisões; **g)** caso não sejam concedidas, caberá recurso de agravo de instrumento; **h)** necessidade de serem requeridas e, em regra, não poderiam ser decretadas de ofício pelo magistrado.⁹⁴

Antes de passarmos para uma breve análise de ambas as espécies, convém tratarmos da questão da unificação de ambas no CPCB.

O art. 294 inaugura o tema e até o art. 302, são traçados critérios para ambas as tutelas. Os arts. 303 e 304 tratam apenas do procedimento da tutela antecipada, enquanto os arts. 305 ao 310 tratam apenas do procedimento da tutela cautelar.

O mote é quanto a unificação dos pressupostos para concessão de ambas que se encontram no art. 300, *caput*, CPCB.

⁹² Importante esclarecer que a possibilidade de tutela em caráter antecedente só é possível para as tutelas de urgência. Na tutela de evidência não seria possível pois demanda, necessariamente, um processo preexistente para ser requerida. Quer dizer, a tutela de evidência se fundamenta numa altíssima probabilidade de que o requerente efetiva e realmente, merece o direito material pleiteado, sob pena de comprometer o resultado útil do processo mesmo não sendo demonstrado o perigo de dano.

⁹³ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2015, p. 488-489: Pela regra do NCPC, fica expresso: a tutela cautelar e a tutela antecipada incidentes não demandam “ação autônoma”, devem ser requeridas no bojo do processo preexistente, por simples petição. Não necessitam, pois, de ação própria, com os inconvenientes da autuação, citação, recolhimento de custas etc. [...] Importante mencionar, por derradeiro, que o NCPC fez desaparecer no sistema processual brasileiro o processo cautelar como processo autônomo, seja incidental ou antecedente...

⁹⁴ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 2018, p. 642-643.

Na legislação anterior, encontrávamos espaço diferenciado as duas espécies: a tutela antecipada estava amparada pelo art. 273, CPCB/1973 e a tutela cautelar constava de livro autônomo que tratava exclusivamente do processo cautelar.

Para concessão da tutela antecipada eram necessários dois requisitos: prova inequívoca da verossimilhança das alegações e risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Por sua vez, para concessão da tutela cautelar eram necessários outros dois pressupostos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

No CPCB/1973, constava a possibilidade do juiz conceder qualquer uma das tutelas de ofício. Já na presente legislação, não foi repetido o tema. Apenas abrindo a possibilidade do juiz substituir uma tutela pela outra em respeito ao princípio da fungibilidade, caso entenda uma melhor adequação e conveniência na concessão de uma e não da outra, conforme art. 305, parágrafo único, CPCB/2015.

No atual código de processo civil brasileiro, como já citado acima, ambas encontram-se dispostas nos arts. 294 a 310 e os pressupostos de concessão são os mesmos. Indagamos se haveria o por quê manter as duas espécies uma vez que se aplicam os mesmos requisitos apesar dos procedimentos de ambas terem suas particularidades.

2.1.1 Tutela Antecipada

Está positivada no CPCB nos art. 303º e 304º.

Através da tutela antecipada objetiva-se o adiantamento do mérito que seria analisado no futuro e sendo concedida, permite a fruição em caráter imediato. A tutela antecipada possui essência satisfativa. Inclusive, quando da sua concessão e não impugnação por parte do requerido, a tutela estabiliza-se, mas correndo o risco de mudanças em até 2 (dois) anos após sua concessão.⁹⁵

No caso da tutela de urgência antecipada ser requerida em caráter antecedente, na petição inicial é permitido apenas constar a fundamentação da tutela e sendo concedida, o autor deverá, em 15 dias ou em outro prazo determinado pelo magistrado, aditar a peça inaugural, incluindo novos documentos e a confirmação e fundamentação do pedido final, sem precisar pagar custas adicionais. Se não for

⁹⁵ Cf. CPCB, Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. [...]

§2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput* [...]

§5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no §2º deste artigo, extingue-se após 2 anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do §1º

apresentada a emenda, o juiz entenderá por proferir sentença de extinção sem julgamento do mérito e a tutela perde sua eficácia.

Porém, se o magistrado entender pela não concessão da tutela antecipada por não preencherem os requisitos específicos, haverá emenda, só que agora em prazo menor, 5 (cinco) dias, sob pena de indeferimento da exordial e consequente extinção sem julgamento do mérito

Após a juntada da emenda, o réu será citado e as partes intimadas para comparecerem à audiência de conciliação ou mediação, conforme determinado no art. 334, CPCB. Não ocorrendo o acordo, abre-se o prazo para o apresentar sua contestação, conforme art. 335, CPCB

Uma das mudanças mais discutidas foi a questão da estabilização da tutela antecipada, que de acordo com o art. 304, CPCB, apenas ocorrerá se da decisão que a concedeu não houver interposição de recurso - que seria o agravo de instrumento - incorrendo na extinção do processo. Importante esclarecer que caso haja a estabilização da tutela, não haverá necessidade de emenda à petição inicial informando o pedido principal.⁹⁶⁹⁷

Mas, ainda haveria possibilidade da tutela antecipada ser reformada ou invalidada, por qualquer uma das partes, portanto que o faça dentro de 2 anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, pela não interposição de recurso pela concessão da tutela. Caso as partes queiram reformar ou invalidar, pediram o desarquivamento dos autos em que houve a concessão da tutela, apresentando petição inicial com a devida fundamentação.

Importante apontar que a decisão que concede a tutela antecipada não faz coisa julgada e a estabilidade só pode ser afastada pela decisão que a reformar ou invalidar. Não podemos confundir a estabilização da tutela com coisa julgada, pois esta não tem respaldo quando a cognição é superficial, provisória.

⁹⁶ Cf. MARINONI. *Tutela de Urgência e Tutela de Evidência...*, 2018, p. 229-230: No caso em que a tutela antecipada é concedida e não se estabilize (art. 304, CPC), o autor tem ônus de aditar a petição inicial sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, §2º, CPC) e, assim, cessação da eficácia da tutela. Frise-se que o aditamento só é necessário quando a tutela antecipada não se estabiliza, ou seja, quando o réu interpõe agravo de instrumento quando intimado da efetivação da tutela antecipada. É certo que uma leitura apressada do §1º do art. 303 poderia levar à conclusão de que o autor deve aditar a petição inicial depois de intimado da concessão da tutela antecipada. Porém, está implícito nas normas dos artigos 303 e 304 que não há motivo para aditamento quando a tutela antecipada se estabiliza. A fluência do prazo para o aditamento, como é pouco mais do que evidente, deve aguardar intimação a respeito para interposição de agravo de instrumento pelo demandado.

⁹⁷ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2015, p.511: Merece também ponderar que, ao que parece, o NCPC previu a estabilização somente para a tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Ao menos, é o que novamente sugere a interpretação literal do *caput* do art. 304, ao prever "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável". Admitindo esse raciocínio, resulta que a tutela antecipada concedida incidentalmente não tem o condão de "estabilizar-se", impondo-se o prosseguimento do processo visando a uma decisão final, apta à formação de coisa julgada material.

Tanto a autora como THEODORO JUNIOR, Humberto não concordam com esse pensamento fundamentando que não deveria haver diferença de tratamento pois não há diferença substancial entre o pedido estabelecido em caráter antecedente ou incidente.

2.1.2 Tutela Cautelar

No CPCB, podemos encontrar lugar da tutela cautelar nos art. 305 ao art. 310.

A tutela de urgência cautelar é o objeto específico de estudo nesta dissertação.⁹⁸

O procedimento desta é bem similar da tutela antecipada, anteriormente descrita, com pequenos detalhes específicos, como a seguir veremos:

O requerente apresentando em caráter antecedente poderá, na petição inicial, apenas discutir sobre a tutela e sendo concedida, apresentar emenda à exordial que deverá ser feita em 30 dias com apresentação do pedido principal, sem necessidade do pagamento de custas complementares. Importante esclarecer que não há impedimento para que o requerente apresente o pedido principal conjuntamente com o pedido cautelar.⁹⁹

Caso não haja complementação da petição inicial em 30 dias, a tutela cautelar, perde, automaticamente, sua eficácia e o juiz proferirá sentença de extinção sem julgamento do mérito, com fundamento na Súmula 482, STJ.¹⁰⁰

Após, o requerido será citado e intimado da decisão liminar, donde poderá ou agravar da decisão que concedeu a tutela ou para contestar no prazo de 5 dias. Caso não seja ofertada a contestação, o requerido incorrerá na pena de revelia, sendo proferida a sentença, também no prazo de 5 dias.

⁹⁸ Cf. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Esquemático*, 2017, p. 354: A tutela provisória cautelar não satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão do autor. O juiz não concede, já, o que só seria deferido ao final, mas determina providências de resguardo, proteção e preservação dos direitos em litígio. Imagine-se que o autor proponha em face do réu uma ação de reintegração de posse. Se o juiz concedê-la liminarmente, a medida será de antecipação satisfativa, já que o autor obterá aquilo que constitui a sua pretensão. Há coincidência entre o que foi pedido e o que foi deferido de imediato. Já se, no curso do processo, verifica-se que o bem está correndo um risco de perecimento, porque o réu não toma os cuidados necessários, o autor pode postular o sequestro cautelar, com entrega a um depositário, que ficará responsável pela sua preservação e manutenção até o final do litígio. O sequestro não atende, ainda, à pretensão do autor, que não se verá reintegrado na posse da coisa, deferida ao depositário, mas é uma providência protetiva, acautelatória, cuja função é afastar um risco de que, até que o processo chegue ao final, a coisa pereça. Outro exemplo: o autor ajuíza ação de cobrança e postula tutela antecipada, pois tem necessidade imediata do dinheiro e teme que, mais adiante, o réu dilapide o seu patrimônio. O deferimento da medida autorizará o autor a promover o necessário para receber dinheiro. Ele poderá promover o cumprimento provisório da sentença. Mas se ele não pretender receber o dinheiro já, e sim ao final, temendo, no entanto que o réu se desfaça dos seus bens, bastar-lhe-á requerer o arresto, para que bens do devedor, suficientes para fazer frente ao débito, sejam preservados, com a nomeação de um depositário que deles cuidará. Em regra, para distinguir a tutela cautelar da satisfativa, basta comparar a medida deferida com a pretensão formulada pelo autor na inicial. Se há coincidência entre as duas, haverá tutela satisfativa; se não, se a medida apenas protege, preserva o direito, sem antecipar os efeitos da futura sentença, será cautelar.

⁹⁹ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2015, p.518: o NCPC extingue, portanto, a autonomia do processo cautelar, mantendo autonomia apenas aos processos de conhecimento e execução. Aqui se vislumbra clara inovação do NCPC, ao romper com a tradição adotada pelo sistema brasileiro, inspirada no direito italiano, na qual se prevê um processo autônomo para a tutela cautelar. É de se lembrar que o CPC/73 prevê todo um livro para o "processo" cautelar (o Livro III) com 98 artigos de lei. Aproxima-se, nesse ponto, o direito brasileiro do sistema francês em que não há processo autônomo para a tutela de urgência.

Esta colocação faz estrita referência com o objeto da presente dissertação uma vez que envolve a relevante indagação sobre a instrumentalidade.

¹⁰⁰ AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. EXTINÇÃO. AUSÊNCIA DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. "A falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar" (Súmula 482/STJ). 2. Por se tratar de matéria a ser apreciada na Suprema Instância, não é viável a análise de contrariedade a dispositivos constitucionais, na via do recurso especial, o que implicaria usurpação de competência constitucionalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). 3. Agravo interno desprovido. (AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.126.778 - RJ (2008/0261346-7) RELATOR MINISTRO RAUL ARAÚJO, 4ª Turma, Data do Julgamento 04/02/2014). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802613467&dt_publicacao=20/02/2014. Acesso em: 08 abr. 2019.

Detalhe importante sobre a não apresentação do agravo de instrumento contra decisão que concedeu a tutela cautelar: a não interposição do citado recurso, não incorre na estabilização da tutela conforme ocorre na tutela antecipada. A decisão que concedeu a tutela cautelar mantém-se válida até decisão do pedido principal.

Porém, se na petição inicial já cumular pedido cautelar e pedido principal, será expedido mandado de intimação para que as partes compareçam à audiência de conciliação ou mediação e caso não haja acordo, abre-se o prazo para o requerido contestar, conforme art. 335, CPCB.

Se for cessada a eficácia da tutela cautelar, conforme acima mencionado, não será permitido ao requerente repropor, a não ser sob novo fundamento. Mas, caso haja indeferimento da tutela cautelar, o requerente pode apresentar o pedido principal, exceto se o indeferimento for em razão da caracterização da decadência ou da prescrição.

Tal circunstância se justifica para que se evite adentrar com inúmeros pedidos de tutela cautelar haja vista a questão da provisoriedade e o caráter restritivo de direitos ambos presentes nesta espécie de tutela. Porém, nada impede que a parte interessada promova ação pretendendo o pedido principal. Contudo, se a tutela cautelar reproposta contiver fatos novos diferentes dos expostos na primeira oportunidade, daí sim poderá ser analisada.¹⁰¹

Entretanto, abre-se uma discussão sobre a seguinte questão: havendo cessação da eficácia da tutela cautelar em razão da não apresentação do pedido principal em 30 dias, gera, obrigatoriamente, extinção do processo haja vista a falta de interesse do requerente? Na visão de Humberto Theodoro Junior e Medina sim, pois quando o autor abre mão do pedido principal, praticamente, comprometeu o *periculum in mora*.

Mas, encontramos uma exposição de fundamento por Rogéria Fagundes Dotti que este comando não se aplicará caso haja indeferimento da tutela. Caso haja indeferimento da tutela, não haverá consequente extinção, pois, nesta hipótese, não existe prazo decadencial para apresentação do pedido principal. Quer dizer, mesmo que haja indeferimento da tutela cautelar, ainda existiria possibilidade de apresentação do pedido principal, desde que respeitado o prazo decadencial do direito material consignado na lei civil.

A perda da eficácia da tutela é uma coisa (ausência da característica da referibilidade tempestiva) e a perda do prazo decadencial, estabelecido na lei civil, para perseguir o direito material é outra coisa. Não

¹⁰¹ Cf. CPCB, Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.

seria uma inconveniência a apresentação do pedido principal, mesmo que houvesse o indeferimento da tutela uma vez que se deve levar em conta o aproveitamento dos atos processuais e a primazia da análise do mérito.¹⁰²

2.1.3 Tutela de Evidência

Na tutela de evidência, para sua concessão, não há necessariamente que haver a demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, pois o direito invocado pelo autor se mostra com um grau de probabilidade tão alto que se mostra evidente o sacrifício do autor e a fragilidade da defesa.¹⁰³

É uma tutela provisória mas não acobertada pela urgência, não necessitando do elemento *periculum in mora* para ser analisada e concedida.

Nas palavras de Marinoni, esta forma de tutela relaciona-se à ideia de abreviação do tempo que seria necessário para obtenção e realização do direito material. O que ocorre é a antecipação da tutela jurisdicional não se levando em conta a exigência de que a execução só seria possível após a cognição plena e exauriente.¹⁰⁴

As hipóteses em que caberia a concessão de tal tutela e que constam no art. 311, CPCB, são exaustivas. São elas: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Sendo que nos casos das hipóteses contidas no II e no III, o juiz poderá decidir de forma liminar.

¹⁰² Cf. Código de Processo Civil Anotado, Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Paraná, 2017, p. 558. Disponível em http://www2.oabpr.org.br/downloads/revista_cpc_annotado_2017.pdf. Acesso em: 12 abr. 2019.

¹⁰³ Cf. MARINONI, *Da Tutela de Urgência e da Tutela de Evidência...*, 2018, p. 282: Um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo. Para a tutela e evidência, contudo, são necessárias a evidência do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu, não bastando apenas a caracterização da primeira. A defesa deve ser frágil, de modo que seu exercício, ao dilatar a demora do processo, configure abuso. Note-se, aliás, que de lado o inciso I do art. 311 - que fala expressamente em abuso de direito de defesa -, os demais incisos deste artigo representam hipóteses em que o direito é evidente e a defesa de mérito deve ser frágil.

¹⁰⁴ Cf. MARINONI, *ibidem*, p. 291

2.2 Portugal: medidas cautelares conservatórias e antecipatórias

Na legislação processual portuguesa, em seu CPCP, encontramos as diretrizes para utilização dos procedimentos cautelares no art. 362º ao art. 409º, com exposição sobre regras gerais e os procedimentos cautelares específicos.

No artigo que inaugura o tema, 362º, n.1, menciona as espécies de providências cautelares, quais sejam: as conservatórias e as antecipatórias. Sendo que estão distribuídas no CPCP da seguinte forma: **a)** as conservatórias são as de suspensão de deliberações sociais (art. 380º), o arresto (art. 391º), o embargo de obra nova (art. 397º) e o arrolamento (art. 403º); **b)** as antecipatórias são a restituição provisória de posse (art. 377º), os alimentos provisórios (art. 384º) e o arbitramento de reparação provisória (art. 388º).

Observamos, ainda, que existem providências cautelares especificadas, conforme acima informadas e que depois falaremos, pormenorizadamente, e as não especificadas, haja vista que o ordenamento jurídico não consegue alcançar todas as situações fáticas possíveis na sociedade. Sendo assim, caso não se encaixe nas espécies especificadas, o ordenamento permite que se alcance satisfação portanto que se mantenha e demonstre as características inerentes à toda providência cautelar, cumulativamente, quais sejam, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.¹⁰⁵

Antes mesmo de tratarmos particularmente das espécies, podemos traçar suas diferenças conforme extraímos dos estudos de Rita Lynce, expondo que as tutelas cautelares conservatórias visam proteger um bem ou uma situação onde o risco se baseia na perda da efetividade de uma sentença que ainda será proferida, pretendendo manter o estado das coisas enquanto não proposta a ação principal.

Já a tutela cautelar antecipatória tem como objetivo antecipar, mesmo que provisoriamente, aquilo que será convertido em definitivo quando proferida a sentença de mérito.¹⁰⁶

Portanto, na primeira, uma medida que poderia caracterizar a tutela conservatória, é o requerido ser intimado a se abster da prática de um ato ou do uso de um bem, na intenção de manter o *status quo*, enquanto não devidamente decidido, na ação principal, a quem pertence. Já na segunda espécie, há uma satisfação provisória do requerente, haja vista já observar uma boa probabilidade da aceitação do que será

¹⁰⁵ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Processo 068730, Relator Sequeira de Carvalho, Data do Acórdão 15/04/1980. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/40e2e46ba4424a1f802568fc0039c8f4?OpenDocument&Highlight=0,cautelar>. Acesso em: 22 abr. 2019.

¹⁰⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo 1345/05, Relator Jaime Ferreira, Data do Acórdão 28/06/2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/0b89a554b1dd21e680257030003b13b7?OpenDocument>. Acesso em: 22 abr. 2019.

definitivo quando da entrega da sentença, conforme exemplo citado por Rita Lynce, quando o requerente é autorizado pelo magistrado a passar pelo prédio serviente até à constituição do direito de servidão.¹⁰⁷¹⁰⁸

Cada uma delas tem suas finalidades e características próprias, que passaremos a descrever a partir de agora.

Esta sistematização das providências cautelares em conservatórias e antecipatórias deu-se a partir da reforma de 1995/1996, através do DL n.º 329-A/95 de 12 de dezembro, onde passaram a vigorar as novas alterações sobre procedimento cautelar comum, informando sobre os aspectos comuns e a aplicação subsidiária às providências cautelares especificadas.¹⁰⁹

Rita Lynce de Faria ressalta que mesmo essas alterações passando a vigorar a partir de 1996, ambas as espécies já eram reconhecidas na doutrina nacional e estrangeira.¹¹⁰

Estas espécies foram mantidas na nova versão do Código Processual Civil Português - CPCP de 2013. Além de que em 1997, as providências cautelares ganharam um viés constitucional reforçando os direitos dos cidadãos à propriedade privada, conforme art. 20.º, n.º 5.¹¹¹

2.2.1 Medidas Cautelares Conservatórias

Estas possuem uma natureza preventiva, objetivando prevenir a ocorrência de danos graves ou de difícil reparação, mantendo a titularidade ou o exercício de um determinado direito, que se encontra em situação de ameaça¹¹².

Quer dizer, pretende o interessado pela medida cautelar conservatória assegurar que uma tal situação mantenha-se inalterada, cerceando a força da ameaça que está sendo sofrida. Por exemplo, com o arresto obtém-se a apreensão de bens para garantir um direito de crédito, e futuramente, com a

¹⁰⁷ Cf. *A função instrumental da tutela cautelar não especificada*, 2003, p. 198-200.

¹⁰⁸ Idem. p. 200: Assim, às providências cautelares que visam assegurar a execução da futura sentença, correspondem as providências conservatórias, enquanto aquelas em que o que se pretende é uma decisão que substitua a providência declarativa futura, satisfazendo a pretensão do requerente, se identifiquem com as providências antecipatórias. Ela conclui que em ambas as providências cautelares verifica-se a característica da antecipação na cautelar conservatória, antecipa-se o efeito executivo da decisão e na antecipatória, o efeito declarativo da decisão.

¹⁰⁹ Cf. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho. *Providências Cautelares*, 2017, p. 70.

¹¹⁰ Cf. *A função instrumental da tutela cautelar não especificada*, 2003, p. 197.

¹¹¹ Art. 20.º.

[...]

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

¹¹² Cf. GONÇALVES, Marco. *Providências Cautelares*, 2017, p. 91.

propositura da ação principal que terá como finalidade a cobrança do que está sendo devido, já possuindo bens resguardados (medida conservatória), para cumprimento da obrigação.¹¹³

Importante mencionar que não podemos entender que houve antecipação do direito que será perseguido com a ação principal. Esta é outra forma de medida cautelar. A providência cautelar tem uma finalidade e a ação principal tem outra finalidade, mas ambas possuem um elo necessário para a sobrevivência da cautelar e efetividade futura do direito que será obtido com a ação principal.

2.2.1.1 Suspensão de Deliberações Sociais (art. 380º)

Qualquer sócio pode propor medida para que cessem, em 10 dias, os efeitos de deliberações ilícitas ou inconvenientes à lei, estatuto ou contrato, tomadas pela associação ou sociedade, portanto que comprove sua condição de sócio e que tais medidas prejudicam e comprometem o integral e salutar desenvolvimento da vida societária. E tal medida também pode ser tomada em assembleias ocorridas em condomínios horizontais, sendo que o legitimado é aquele que representaria o condomínio na ação de anulação.

Sendo assim, a pretensão desta providência cautelar é adiantar os efeitos da futura sentença que conterà a declaração de invalidade da deliberação da assembleia onde caracterizou a ilicitude.

A suspensão das decisões tomadas em assembleia dar-se-á da data da ocorrência da mesma ou se o sócio não foi convocado para a reunião, da data em que tomou conhecimento.

Se não for fornecida cópia, em 10 dias, da ata da assembleia, o mandado de citação será expedido com a ressalva de que a contestação não será recebida se não tiver acompanhada por tal documento. A partir da ocorrência da citação e enquanto não for julgada a suspensão em 1º grau, aquela deliberação social, ainda não executada, estará com seus efeitos suspensos, em razão de uma obrigação de não execução do conteúdo.

Porém, importante mencionar que o juiz pode deixar de suspender os efeitos da assembleia se entender que o prejuízo resultando da suspensão for mais amplo do que derivar da execução.

¹¹³ Cf. FREITAS, Lebre de. *CPC Anotado*, volume 2º, 2008, p. 8-9, apresenta outros exemplos: é o caso da providência inominada consistente na intimação ao réu de que se abstenha de determinada conduta (não abrir ou não explorar um estabelecimento; não iniciar uma obra; não usar ou usufruir uma coisa; não impedir o uso e a usufruição por outrem), bem como das providências nominadas de suspensão de deliberação social (mantém-se a situação de não execução: art. 397-3), de embargo de obra nova (mantém-se a obra tal como está: 412-1), de arresto (mantém-se a situação jurídica do bem arrestado, no patrimônio do devedor: art. 622 CC), e de arrolamento e apreensão do bem litigioso (impedem, tal como também o arresto, o desaparecimento de material dos bens apreendidos: arts. 406-2, 424-5 e 848-1).

Ocorrida a inversão do contencioso, o prazo para propositura da ação principal começa a correr da notificação da decisão que suspendeu a assembleia OU com o registro da decisão judicial.

Marco Gonçalves aponta em 4 os requisitos cumulativos para a concessão da providência: que a deliberação seja contrária à lei, ao estatuto ou ao contrato; que o requerente esteja na condição de sócio; o que foi deliberado não esteja em execução; e caso seja colocada em prática o que foi deliberado haverá prejuízo considerável. Porém, há julgado que afirma a necessidade de apenas 2 requisitos como a ilegalidade da deliberação e resultado de dano irreparável caso seja executada. E, ainda, julgados que consideram, cumulativamente, 3 requisitos.^{114 115 116}

Dos requisitos descritos aquele que equivale ao *fumus boni iuris* é a deliberação que se pretende tornar ineficaz com sua suspensão.

2.2.1.2 Arresto (art. 391º)

O arresto tem por finalidade proteger o credor que com justificado receio de que o devedor o prejudique o recebimento do crédito, obtém o bloqueio, a apreensão dos bens do devedor para que estes lhe sirvam de garantia patrimonial que responderá pelo débito.

O credor, na petição inicial, informará os bens, suas especificações e seus valores que devem corresponder ao valor da dívida. Sendo ultrapassado o valor da dívida, haverá redução dos bens ou adequação da quantidade de bens equivalente ao débito.

Se presentes os requisitos para concessão da providência, não haverá audiência da parte contrária.

Devemos observar a importância de se comprovar o justo receio da perda da garantia patrimonial, que garantiria a concessão da medida pretendida, e as razões podem ser as mais variadas: práticas inadequadas e ilícitas por parte do devedor quando dissipa, oculta, extravia, sonega. Porém, se não devidamente ou suficientemente descritas, o juiz poderia solicitar que o autor melhor descrevesse ou

¹¹⁴ Considerando apenas 2 requisitos para concessão da medida: Cf. Acórdão da Relação do Porto, Processo nº 9350684, Relator Azevedo Ramos, Data do Acórdão 15.11.1993. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ed583b41d6a35c078025686b006680bf?OpenDocument>. Acesso em: 02 maio 2019.

¹¹⁵ Considerando apenas 3 requisitos para concessão da medida: Cf. Acórdão da Relação do Porto, Processo nº 5147/17.1T80AZ.P2, Relator José Manuel de Araújo Barros, Data do Acórdão: 13.09.2018. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8e9adf8dd5ff89580258324004a2fb2?OpenDocument&Highlight=0,suspens%C3%A3o,d e,delibera%C3%A7%C3%A3o,social>. Acesso em: 02 maio 2019.

¹¹⁶ Cf. *Providências Cautelares*, 2017, p. 264.

trouxesse elementos mais relevantes para que fosse configurado o justo receio e, assim, concedida, justamente, a medida.¹¹⁷

Quando às hipóteses de caducidade, devemos levar em conta não só o estabelecido no art. 373º, mas também o que está contido no art. 395º - uma hipótese especial de caducidade - que preconiza que se o credor insatisfeito não promover execução dos dois meses posteriores ou se promover e o processo ficar parado por 30 dias em razão da negligência.¹¹⁸

Há uma espécie de arresto especial onde haverá dispensa do justo receio de perda patrimonial, onde o Ministério Público requer a medida contra tesoureiros ou quaisquer funcionários ou agentes do estado ou de outras pessoas coletivas públicas. Além desta hipótese especial, também destacamos a hipótese do credor poder obter, sem necessidade de provar o justo receio de perda da garantia patrimonial, o arresto do bem que foi transmitido por negócio jurídico possuindo dívida, no todo ou em parte, o preço da respectiva aquisição, conforme extrai-se do art. 396º, n. 3, CPCB.

E, ainda, no caso da liquidação da responsabilidade financeira do agente for de competência do Tribunal de Contas, não será aplicável o que determina as alíneas a e b, nº 1, do art. 373º, CPCP, quando estabelece sobre a caducidade da providência: se o requerente não propuser a ação da qual a providência depende dentro de 30 dias contados da ata em que lhe tiver sido notificado o trânsito em julgado da decisão que a haja ordenado e se, proposta a ação, o processo estiver parado mais de 30 dias, por negligência do requerente.

¹¹⁷ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo nº1833/17.4T8FIG.C1, Relator Carlos Moreira, Data do Acórdão 06/03/2018: I - No arresto, o factualismo apto a preencher a previsão legal do requisito "justo receio" da perda da garantia patrimonial, pode assumir uma larga diversidade, nele cabendo casos como os de receio de fuga do devedor, da sonegação ou ocultação de bens, da situação patrimonial deficitária do devedor, ou qualquer outra conduta relativamente ao seu património, que, objectivamente, faça antever e temer o perigo de se tornar impossível ou difícil a cobrança do crédito. II - Se a requerente alega, nuclearmente, que a requerida «por várias vezes assumiu a intenção de dissipação, ocultação ou extravio», termos jurídicos já do entendimento do homem comum, que «a requerida não possuiu quaisquer bens» e que «a requerida foge a todos e quaisquer contactos com a requerente» o requerimento não pode ser indeferido liminarmente, porque não é manifesta a improcedência do pedido já que com a prova de tais factos e de outros adjuvamente alegados e provados, ele é susceptível de singrar. III - Não obstante, em casos de dúvida quanto à bondade/suficiência dos factos invocados para a sustentação da pretensão, deve o juiz responsabilizar o requerente convidando-o a aperfeiçoar/completar/concretizar o alegado. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/59107d92c7fc1a1780258263003722a4?OpenDocument>. Acesso em: 03 maio 2019.

¹¹⁸ Artigo 373º. Caducidade da providência

1 - Sem prejuízo do disposto no artigo 369º, o procedimento cautelar extingue-se e, quando decretada, a providência caduca:

- a) Se o requerente não propuser a ação da qual a providência depende dentro de 30 dias contados da ata em que lhe tiver sido notificado o trânsito em julgado da decisão que a haja ordenado;
- b) Se, proposta a ação, o processo estiver parado mais de 30 dias, por negligência do requerente;
- c) Se a ação vier a ser julgada improcedente, por decisão transitada em julgado;
- d) Se o réu for absolvido da instância e o requerente não propuser nova ação em tempo de aproveitar os efeitos da proposição da anterior;
- e) Se o direito que o requerente pretende acautelar se tiver extinguido.

2 - Quando a providência cautelar tenha sido substituída por caução, fica esta sem efeito nos mesmos termos em que o ficaria da providência substituída, ordenando-se o levantamento daquela.

3 - A extinção do procedimento ou o levantamento da providência são determinadas pelo juiz, com prévia audiência do requerente, logo que se mostre demonstrada nos autos a ocorrência do facto extintivo.

2.2.1.3 Embargo de Obra Nova (art. 397º)

A finalidade desta espécie de providência reside na necessidade daquele que se julgue prejudicado no seu direito de propriedade ou qualquer outro direito real ou pessoal de gozo ou na sua posse, em razão da ocorrência de obra, trabalho ou serviço que venha a causar ou ameace causar prejuízo, poderá requerer, dentro de 30 dias do conhecimento do fato, que a obra, trabalho ou serviço seja suspenso imediatamente.¹¹⁹

Interessante informar que também há a possibilidade do procedimento ser via extrajudicial, havendo notificação verbal do dono da obra, perante 2 testemunhas ou o responsável ou encarregado. Porém, só tem efetividade se for requerida a ratificação judicial.

Há proibição para se embargar obras do Estado, de pessoas coletivas públicas e entidades concessionárias de obras ou serviços públicos nos termos da lei processual civil, uma vez que devem ser respeitados os meios previstos na lei de processo administrativo contencioso, haja vista a existência da relação jurídico-administrativa.¹²⁰ Desta forma de embargo, será registrado um auto com a descrição detalhada do estado da obra, sendo o dono ou encarregado notificado a suspender as atividades.

O juiz ao verificar que as alegações expostas condizem com os requisitos processuais exigíveis, concederá a medida, sem contraditório prévio daquele que praticou o ato combatido. Ou ele concede a medida para que haja suspensão, embargo da obra ou ele ratifica o embargo extrajudicial.

Caso o requerido-embargado não obedeça a suspensão, o embargante poderá requerer a destruição daquilo que tiver sido construído após a determinação, tendo o auto de descrição da situação do imóvel efetuado como base para observar tudo que foi feito antes ou após a ocorrência da suspensão. O embargado será obrigado a acatar a determinação da destruição ou, ainda, construir aquilo que destruiu.

¹¹⁹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n° 3616/16.0T8LSB.L1-6, Relator Eduardo Petersen Silva, Data do Acórdão 27/10/2016: o prazo a que se refere o artigo 397º n° 1 do Código de Processo Civil conta-se do conhecimento do facto. Tratando-se de obra de construção que alegadamente viola o direito do embargante, o facto relevante cujo conhecimento marca a contagem inicial do prazo será o início de construção em termos que façam concluir com grande probabilidade que a obra potencialmente lesiva será concretizada. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/99d489106f0105708025806e0054ee78?OpenDocument&Highlight=0,embargo,obra,nova,requisitos>. Acesso em: 02 maio 2019.

¹²⁰ Situação fática onde foi afastada a determinação de que se o sujeito que praticou a ofensa ao direito de propriedade for pessoa jurídica de direito público, que o tribunal administrativo é que teria competência para julgar, conforme acórdão unânime do Tribunal da Relação do Porto, Processo n° 54/13.0TBTBC.P1, Relator Rodrigues Pires, Data do Acórdão 18/06/2013: I - os tribunais comuns - e não os administrativos - são os competentes para conhecer de um procedimento cautelar de ratificação de embargo extrajudicial foi efectuado pelo requerente, em que este alega ter ocorrido ofensa do seu direito de propriedade na sequência de obras de requalificação urbana levadas a cabo por município. II - é que esta alegada ofensa do direito de propriedade do requerente, embora se conexione com uma relação jurídico administrativa, referente à realização de uma obra pública por parte de um município, não é disciplinada por normas de direito administrativo, mas sim por normas de direito privado. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e373ca67e151e9df80257be10047092e?OpenDocument&Highlight=0,embargo,extrajudicial>. Acesso em: 02 maio 2019.

O magistrado sempre deve levar em conta 2 aspectos relevantes: o prejuízo que experimentará o requerido com a paralisação e o prejuízo que experimentará o requerente com a continuação da obra.¹²¹

Lebre de Freitas, comentando sobre julgados, levanta a questão sobre os dois aspectos relevantes trazidos acima, expondo que não haveria necessidade da propositura dos embargos se a reconstituição natural é viável afastando a caracterização de prejuízo. Porém, uma obra feita pelo arrendatário sem a autorização do proprietário, esta sim estaria suscetível de ser demolida.

Além da alegação de que só quando a suspensão da obra traz uma prejuízo consideravelmente maior ou superior ao que com o embargo se quis evitar é que a continuação poderá ser determinada, não devendo o juiz, ao analisar, basear-se apenas em questões, apenas, de carácter econômico mas devidamente relacionadas aos interesses imateriais.¹²²

2.2.1.4. Arrolamento

O arrolamento é uma providência cautelar de carácter conservativo onde aquele que tenha interesse na especificação e apreensão de determinados dos bens ou documentos haja vista o justo receio de extravio, ocultação ou dissipação. Aqueles considerados credores também podem manusear a medida especificamente no caso que haja interesse à arrecadação da herança.

Deixemos claro que há necessidade da prova da titularidade dos bens que se pretendem arrolar, pelo requerente, para que reste demonstrado o interesse jurídico que justifique a apreensão e conservação daqueles. Além do perigo de extravio, ocultação ou dissipação.¹²³

¹²¹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n° 1560/12.9TPRT.P1, Relator Francisco Matos, Data do acórdão 19/02/2013: I - o embargo de obra nova tem como pressupostos que o requerente seja titular de um direito de propriedade ou outro direito real ou pessoal de gozo, ou da sua posse e que esse direito tenha sido ofendido por obra, trabalho ou serviço novo que lhe cause prejuízo; II - por prejuízo entende-se a ofensa do direito, não sendo aplicável ao embargo de obra nova o requisito do receio de "lesão grave e dificilmente reparável" previsto no artigo 381° n° 1 do CPC para as providências cautelares não especificadas. III - Se a acção a que corresponde o direito invocado - no embargo de obra nova preparatório ou instrumental daquela - não é uma acção de defesa ou reconhecimento do direito do gozo ou da posse sobre a coisa (art° 1037°, n°2, do CC), carece de fundamento legal o embargo que o arrendatário promoveu às obras dos senhorios. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/137fe9e6403bb03c80257b34003f464b?OpenDocument&Highlight=0,alimentos,provis%C3%B3rios,preju%C3%ADzo>. Acesso em: 02 maio 2019.

¹²² Cf. *CPC Anotado* - volume 2 - artigos 381° a 675°, 2008, p. 158-159

¹²³ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n° 1909/10.9TBPD-L.A.L1-1, Relator Ana Grácio, Data do acórdão 21/06/2011: I - o "justificado receio de perder a garantia patrimonial" do arresto e o "justo receio" do perigo de extravio, de ocultação ou de dissipação de bens litigiosos do arrolamento identificam-se com o chamado *periculum in mora* inerente a todo procedimento cautelar - evitar a lesão grave e dificilmente reparável (art. 381° n° 1 do CPC) proveniente da demora na tutela da situação jurídica; II - para convencer da existência do pressuposto do "justo receio", é necessário que o requerente alegue factos ou acontecimento visíveis e objetivos que, na sua perspectiva, justificam a apreensão cautelar de bens do requerido, designadamente, actos concretos de dissipação, ocultação ou extravio de bens, a inexistência de bens; III - deve ser liminarmente indeferido o requerimento inicial de arresto e arrolamento em que não se aleguem factos concretos dos quais decorra a existência do *periculum in mora*; IV - verifica-se a situação referida em III quando não estão alegados quaisquer factos que, a serem pelo menos indiciariamente comprovados, resultem na comprovada dissipação do património do requerido, nem sequer disso façam suspeitar. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/eed1907c18d64864802578d4004f96bc?OpenDocument&Highlight=0,arrolamento%20>. Acesso em: 03 maio 2019.

A ação principal será promovida pretendendo que os bens assegurados, conforma art. 403º, n. 2, CPCP, sejam especificados ou efetuada prova de titularidade dos direitos relativos às coisas arroladas. Um exemplo, é que os bens arrolados pela cautelar sejam objeto de futura partilha. Marco Carvalho Gonçalves extraiu da análise de um julgado que a lei não exige certeza da titularidade e mais importante que este pressuposto, seria a justificativa da finalidade do arrolamento do bem indicado.¹²⁴

Assim que analisada a medida e concedida pelo magistrado, haverá nomeação de um depositário e de um avaliador e apenas este é dispensado do juramento. O depositário será o próprio possuidor ou detentor do bem. Os bens ficarão devidamente registrados e descritos num auto que será devidamente lavrado pelo responsável e fará a entrega ao depositário. Se o que foi arrolado foi documento é dispensada a avaliação. O procedimento do arrolamento é semelhante ao da penhora.

2.2.2 Medidas Cautelares Antecipatórias

Já as antecipatórias pretendem adiantar o resultado do que seria reconhecido na decisão final. O objeto da ação principal é antecipado trazendo a efetiva realização do direito. Sua principal ameaça é o tempo, a demora que poderia comprometer a satisfação da pretensão até que se proferisse a sentença com caráter definitivo.

Marco Carvalho Gonçalves atenta para a postura e a maior responsabilidade por parte do magistrado ao analisar o merecimento da medida e com sua conseqüente concessão, já estarão sendo, previamente, produzidos efeitos do direito material que seria apenas entregue após uma fase probatória mais ampla e aprofundada.¹²⁵

Nas palavras de Calamandrei, este procedimento cautelar antecipatório consiste em antecipar provisoriamente o mérito até que seja definitivamente regulamentado. Mesmo sendo antecipatório, existe uma predisposição baseada na dependência do procedimento principal. Reforçando que a sentença definitiva não é uma convalidação do procedimento cautelar e sim uma decisão referente à relação controversa.¹²⁶

Rita Lynce de Faria aponta que mesmo esta forma de medida sendo aceita na doutrina nem sempre foi pacífica sua aceitação haja vista que há uma incompatibilidade quanto à questão instrumental em razão

¹²⁴ Cf. *Providências Cautelares*, 2017, p. 252.

¹²⁵ Cf. *Providências Cautelares*, 2017, p. 94-95.

¹²⁶ Cf. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*, 2000, p. 65-68.

de uma satisfação imediata quando da concessão da medida que poderá ser o mesmo conteúdo da sentença, e ainda, considerando os riscos quando da concessão imediata do que seria reconhecido após uma cognição plena, ampliando a possibilidade de danos irreversíveis.¹²⁷ Porém, mesmo com esta consideração, não seria correto negar ou excluir tal providência, sob pena de se ferir o princípio constitucional de uma tutela jurídica efetiva.

2.2.2.1 Restituição Provisória de Posse (art. 377º)

Depreende-se que quando o direito de posse sofre esbulho com violência, a lei fornece ação cabível para que seja restituída. E, ainda, se o prejudicado comprova, relevantemente, a tomada violenta, é concedida a medida, sem citação e audiência prévia da parte que praticou o ilícito.¹²⁸

De acordo com o art. 1251º do CCP o conceito de posse vem a ser o poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real.

Esta providência cautelar é dependente de uma ação possessória ou reivindicatória.¹²⁹

¹²⁷ Cf. *A função instrumental da tutela cautelar não especificada*, 2003, p. 201.

¹²⁸ Justificando o que é considerado “violento” para que haja concessão da providência: Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo nº 1213/13.OTBVRL-C.P1, Relator Rodrigues Pires, Data do Acórdão: 12/11/2013: Há esbulho sempre que alguém for privado do exercício de retenção ou fruição do objecto possuído, ou da possibilidade de o continuar. Pode ser parcial, verificando-se só em relação a uma parte do objecto, como quando alguém se apropria de um prédio rústico possuído por outrem, murando-o por exemplo. Através do esbulho, o usurpador não permite que o possuidor actue sobre a coisa que até então possuía, dela ficando este desapossado e impedido de exercer toda e qualquer fruição. Mas para que o esbulho possa servir de fundamento ao pedido de restituição provisória de posse é ainda necessário que este seja violento. Ao contrário do que sucede em relação à definição de esbulho, que não consta da lei, a doutrina e a jurisprudência entendem que o conceito de violência que para aqui releva se mostra definido no nº 2 do art. 1261º do Cód. Civil, onde se estatui que se considera violenta a posse quando, para obtê-la, o possuidor usou de coacção física, ou de coacção moral nos termos do art. 255º do mesmo diploma. De acordo com este último preceito, a coacção moral, na hipótese de esbulho, ocorre quando o possuidor da coisa é forçado à sua privação pelo receio de um mal de que foi ilícitamente ameaçado, mal esse que tanto pode respeitar à sua pessoa como à sua honra ou fazenda ou de terceiro. A coacção moral é pois a conseguida mediante ameaça provocadora de inibição da capacidade de reacção do coagido, através de um processo psicológico obstrutivo, levando-o a deixar o campo livre à actuação do agente, por receio que algum mal lhe seja infligido, o qual poderá incidir sobre a pessoa, a honra ou a fazenda do próprio ou de terceiro. A coacção física, por seu turno, supõe a completa ausência de vontade por parte daquele a quem a posse foi usurpada. É aquela em que através do recurso à força física, se anula e exclui totalmente a liberdade exterior do coacto, conduzindo à completa ausência de vontade do mesmo e colocando-o numa situação de impossibilidade material de agir. Não suscita qualquer dúvida que o uso de violência sobre as pessoas, quer seja pelo uso da força física, quer seja através da coacção moral, pelas formas da intimação e da ameaça, é relevante para, caracterizando o esbulho como violento, fundamentar o deferimento do procedimento cautelar de restituição provisória de posse. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/627d4ee1876e38c180257c45004fe6dd?OpenDocument&Highlight=0,restitui%C3%A7%C3%A3o,provis%C3%B3ria>. Acesso em: 03 maio 2019.

¹²⁹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº 0028531, Relator: Diniz Nunes, Data do Acórdão: 15/01/1991: I – O objeto da acção, o direito a definir na acção de que o procedimento cautelar é preliminar, há-de ser o mesmo que pelo procedimento se pretende acautelar. II – Precisamente porque os procedimentos cautelares visam a uma definição provisória do que a acção se há-de determinar definitivamente, é que eles são dependência da causa. III – A função da providência cautelar é instrumental, sendo emitida na pressuposição ou na previsão da hipótese de vir a ser favorável ao autor a decisão a proferir no processo principal. O direito a acautelar mediante o processo preventivo só pode ser o que na causa principal pudesse vir a ser declarado constituído ou exigido. IV – Com a restituição provisória de posse o requerente defende a sua posse pedindo a sua restituição provisória e no caso de esbulho violento não alega o domínio. A acção principal de que a providência depende é a acção possessória, na qual se definirá o direito, e não uma acção de anulação de venda. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/10139f1f2389b4d68025680300022624?OpenDocument>. Acesso em: 03 maio 2019.

Importante mencionar que apesar de haver uma intromissão contundente na esfera jurídica daquele que praticou a violência, haja vista ser retirado da posse daquele determinado bem, não haverá contraditório prévio nem haverá possibilidade de caução em substituição a medida de restituição.

2.2.2.2 Alimentos Provisórios (art. 384º)

A fixação de alimentos provisórios pode ser requerida enquanto não ocorrer a decisão definitiva através da sentença de mérito fixando a prestação continuada de alimentos que será, posteriormente, executada. A partir do momento que for concedido o alimento provisório, este já deve ser fornecido no mês subsequente à data da concessão.¹³⁰

No art. 2003º do CCP conceitua a finalidade dos alimentos que deveria prestar para manter o indispensável como sustento, habitação e vestuário, além da instrução e educação do alimentando.

De acordo com o art. 2009º, n.º 1, do CCP estão obrigados a fornecer alimentos: cônjuge, ex-cônjuge, descendentes, ascendentes, irmãos, tios (durante a menoridade), padrasto e madrasta. Aplicando o binômio necessidade x possibilidade.¹³¹

Manuel Baptista Lopes, menciona Alberto dos Reis quanto ao que este entende sobre o elemento necessidade onde estabelece que os alimentos provisórios devem ser limitados quanto ao valor, haja vista que a apreciação ocorre num juízo de mera probabilidade em razão de uma necessidade imediata e urgente, merecendo assim que seja arbitrados em valores menores a que se atribuiria na sentença definitiva. Porém,

¹³⁰ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 34813/09.3T2SNT.L1-1, Relator Pedro Brighton, Data do Acórdão 14/09/2010: I - No caso de separação de facto, porque se integra no dever de assistência conjugal, a obrigação de alimentos tem natureza e conteúdo diferentes da obrigação de alimentos após dissolução do vínculo conjugal (art.ºs. 2016º e 2016º-A do Código Civil), pois que na separação de facto, a obrigação de alimentos tem a mesma extensão que teria se eles continuassem a viver em comum; II - Os alimentos definitivos são integrados por tudo quanto seja indispensável à satisfação das necessidades de sustento, habitação e vestuário. Os alimentos provisórios são menos abrangentes, abarcando tudo aquilo que se mostre estritamente necessário para o efeito, isto é, o que seja necessário para suprir as necessidades elementares da vida e subsistência dentro do padrão norma da pessoa credora, tendo em vista o seu estatuto social; III - Nos procedimentos cautelares de alimentos provisórios impõe-se ao juiz o uso de presunções judiciais, com ponderação das regras da experiência, para colmatar as dificuldades de apuramento da matéria de facto, a respeito da exactidão dos elementos, devendo, assim, o juiz interpretar a matéria de facto sumariamente apurada à luz de juízos de verossimilhança, normalidade e de probabilidade, sendo certo que o decretamento de uma providência cautelar é sempre resultado de um juízo provisório. (grifos nossos). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/25b9989133a528ca802577ae00509cf8?OpenDocument&Highlight=0,alimentos,provis%C3%B3rios,presupostos>. Acesso em: 01 maio 2019.

¹³¹ 1) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 2405/02, Relator Gil Roque, Data do Acórdão 08/10/2002: I - Na providência cautelar de alimentos provisórios há que atender ao estado de necessidade do requerente e à possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência; II - não constando da matéria indiciada a necessidade de a requerente receber alimentos, nem o facto de a pensão que auferir ser suficiente para o seu sustento, a providência não pode ser decretada. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/232166d85458c02380256c54002fb034?OpenDocument&Highlight=0,alimentos,provis%C3%B3rios,necessidade>. Acesso em: 01 maio 2019.

2) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 304/11.7TMPRT.A-P1, Relatora Maria Amália dos Santos, Data do Acórdão 10/07/2013: I - a situação de carência económica do ex-cônjuge deve ser analisada no momento em que a pensão de alimentos é pedida. II - Se o ex-cônjuge não conseguir prover à sua subsistência e o outro ex-cônjuge reunir condições económicas suficientes, deve ser decretada a pensão de alimentos a favor daquele, quantificada de acordo com os critérios legais previstos nos art.ºs. 2003º, 2004º, 2016º e 2016º-A, todos do Código Civil. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0f02586aadb7725c80257bdb002eb200?OpenDocument&Highlight=0,alimentos,provis%C3%B3rios,necessidade>. Acesso em: 01 maio 2019.

Manuel Baptista Lopes, complementa defendendo que não se deve levar apenas a questão da subsistência mas também deve-se considerar aspectos como idade, saúde etc.¹³²

Assim que recebida a petição inicial, é designada audiência onde as partes devem comparecer ou se fazerem representar outorgando poderes especiais para transigir. A contestação é oferecida em audiência, quando, também, haverá tentativa de acordo, que se ocorrer, será homologado. Caso seja infrutífera a conciliação, o juiz já colhe as provas e após profere a decisão oral sucintamente fundamentada.

Os alimentos não são requeridos apenas em ações específicas para se fixar alimentos, mas podem, também, serem pedidos em ações de divórcio, separação judicial, investigação de maternidade ou paternidade, regulação do exercício de responsabilidades parentais.¹³³

Importante mencionar que caso haja improcedência do pedido de alimentos ou caducidade da medida concedida e a caracterização de má-fé, o requerente responderá pelos danos causados e observando o que preconiza o art. 2007º, n.º 2 do CCP.¹³⁴

Os alimentos provisórios cessam quando proferida a sentença onde foram fixados os alimentos de forma definitiva – ação principal – e se coincidir o valor dos alimentos definitivos com os arbitrados provisoriamente, este serão apenas convertidos em definitivos.

2.2.2.3 Arbitramento de Reparação Provisória (art. 388º)

Aquele que causar dano a outrem ou deste dano ocorrer a morte, será responsável a indenizar as despesas feitas para salvar aquele que sofreu a lesão e garantir um suporte econômico para o requerente até a decisão definitiva.

José Lebre de Freitas expõe que aquele possuidor do direito à indenização possui duas alternativas quanto ao uso desta espécie cautelar requerer o arbitramento de uma quanto mensal até que a decisão

¹³² Cf. *Dos Procedimento Cautelares*, 1965, p. 69-70.

¹³³ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 2914/17.0T8MTS.P1, Relatora Fernanda Almeida, Data do Acórdão 18/02/2019. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3e3d19326bd79230802583cc004e9cda?OpenDocument&Highlight=0,alimentos,provis%C3%B3rios>. Acesso em 01/05/2019; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 1530/14.2TMPRT-A.P1, Relator Manuel Domingos Fernandes, Data do Acórdão 20/02/2017. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/98f7e591b81b66e8802580dd005a0bb8?OpenDocument&Highlight=0,alimentos,provis%C3%B3rios>. Acesso em 01/05/2019; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 9951153, Relator Ribeiro de Almeida, Data do Acórdão 22/11/1999. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/12312423f31da2f280256886004ea499?OpenDocument&Highlight=0,alimentos,provis%C3%B3rios>. Acesso em: 01 maio 2019.

¹³⁴ Cf. Código Civil Português: Artigo 2007.º Alimentos provisórios

1. Enquanto se não fixarem definitivamente os alimentos, pode o tribunal, a requerimento do alimentando, ou oficiosamente se este for menor, conceder alimentos provisórios, que serão taxados segundo o seu prudente arbítrio.
2. Não há lugar, em caso algum, à restituição dos alimentos provisórios recebidos.

definitiva transite em julgado ou quando resultar em morte ou lesão corporal ou, ainda, quando resultado de ano ilícito que comprometa seriamente seu sustento ou sua habitação.¹³⁵

Além destes, aqueles que reflexamente forem atingidos também tem direito a indenização. Também devemos considerar beneficiados aqueles que eram sustentados pela vítima com o oferecimento de alimentos. A proteção destes terceiros reflexamente atingidos é uma orientação do art. 495º, CCP.¹³⁶

De acordo com José Lebre de Freitas esta providência foi inspirada no arbitramento de alimentos provisórios, onde se vislumbra uma situação de carência demonstrando-se a necessidade da antecipação, mesmo que provisória. Expõe sobre as duas situações em que será arbitrada uma quantia mensal até que sobrevenha a decisão de carácter definitivo na ação principal de indenização: quando por um ato ilícito tenha sido causada a morte ou lesão ou ainda, em consequência do ato ilícito, tenha caracterizado um dano susceptível de colocar em risco o sustento ou a habitação do lesado.¹³⁷

Quanto aos requisitos de admissibilidade devem estar presentes, cumulativamente, são eles: indícios da obrigação de indenizar, comprovação da situação de necessidade e o nexó causal entre o dano causado e a situação de necessidade – relação causa x efeito.¹³⁸

Entretanto, oportuno mencionar que há entendimento jurisprudencial que defende que esta medida caberia, também, nas situações fundamentadas em ilícitos extracontratuais que tragam dificuldades para que a vítima mantenha seu sustento ou habitação, conforme situação exposta num julgado do Tribunal da Relação do Porto, onde uma mulher encontrava restrições de crédito em razão de um débito originado por

¹³⁵ Cf. *Dos Procedimentos Cautelares*, 2008, p. 114.

¹³⁶ Cf. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Processo n.º 6/15.5T8VFR.P1.S1, Relator Antônio Joaquim Piçarra, Data do Acórdão 03/11/2016: I - O art.º 495º, n.º 3, do Cód. Civil, consagra uma excepção ao princípio geral de que só ao titular do direito violado ou do interesse imediatamente lesado assiste direito a indemnização, aí se abrangendo terceiros só reflexamente prejudicados com o evento danoso. II - Contudo, esse direito não é de atribuição directa e automática às pessoas indicadas nesse normativo. Só existirá se (e na medida em que) for demonstrada a facticidade em que necessariamente terá que assentar. III - A conversão económica da dor e angústia sofridas pela vítima durante o período que mediou entre o acidente e a morte constitui o chamado *dano intercalar* (art.º 496º, n.º 3 do Cód. Civil). IV - A quantia de €20 000,00, fixada para esse tipo de dano, mostra-se consentânea com os factos apurados, dos quais ressalta que a vítima sofreu dores intensas em consequência do acidente e das graves lesões que o atingiram, suportou cerca de 23 dias de clausura hospitalar e dolorosos tratamentos e perspectivou a sua morte, o que lhe causou angústia e medo.

V - A reparação do dano morte é hoje inquestionável na jurisprudência, situando-se, em regra e com algumas oscilações, entre os € 50 000,00 e € 80 000,00, indo mesmo alguns dos mais recentes arestos a €100 000,00. VI - Ponderadas a idade da vítima (52 anos) e as circunstâncias em que ocorreu o acidente (sem qualquer culpa sua), considera-se ajustada, equilibrada e adequada a indemnização de €60 000,00, a título de dano morte. VII - Essa indemnização é atribuída, em bloco, às pessoas a quem cabe, nos termos do art.º 496º, n.º 2, do Cód. Civil, e repartida entre elas, mesmo que relativamente a alguma destas haja que operar redução, nos termos do art.º 570º, n.º 1, do Cód. Civil. VIII - A redução daí resultante deve repercutir-se na quota ou quinhão dos restantes titulares da indemnização. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8bb15e0632dbc07b80258061003b31bd?OpenDocument> Acesso em 03/05/2019

¹³⁷ Cf. *CPC Anotado*, volume 2, artigos 381º a 675º, 2008, p. 114.

¹³⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 707/11.7TBGDM-A.P1, Relator Fernando Samões, Data do Acórdão 01/04/2014: I - Qualquer arbitramento de reparação provisória, nos casos do n.º 1 ou do n.º 4 do art.º 388.º do NCPC, depende da verificação dos seguintes requisitos: indícios da obrigação de indemnizar por parte do requerido, uma situação de necessidade do requerente e um nexó causal entre os danos sofridos e a situação de necessidade. II - O conceito de necessidade é mais amplo nos casos previstos no n.º 1 do que no n.º 4 do mesmo artigo. III - Verifica-se a situação de necessidade e o necessário nexó de causalidade adequada quando o requerente, em consequência do acidente de viação de que foi vítima, sofre lesões que o incapacitam para o exercício habitual da sua profissão e fica desempregado, sem qualquer rendimento. IV - As quantias que haja recebido antes da instauração do procedimento não são de considerar na fixação da renda mensal nem do momento a partir do qual esta é devida. V - Não há que aguardar pelo resultado da 2.ª perícia, requerida no processo principal, atenta a natureza antecipatória da providência e o carácter sumário, célere e provisório da decisão. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/38f73296888c51d080257cdd002d7514?OpenDocument&Highlight=0,arbitramento,rep> a%C3%A7%C3%A3o,provis%C3%B3ria. Acesso em: 01 maio 2019.

seu marido, porém, era casada pela separação de bens e mesmo divorciada a restrição foi mantida, trazendo impedimento para que abrisse uma conta bancária, acarretando assim, danos patrimoniais e não-patrimoniais, ficou doente, impossibilidade de receber qualquer apoio social etc.

Mesmo relatando tão sensível situação, não foi deferida a providência pois estava além do que exposto na lei, porém, ao agravar, obteve no tribunal decisão favorável a concessão da medida justa e necessária. Comprova, assim, que o arbitramento da reparação provisória por ir além do que exposto na legislação a partir do momento que há devida comprovação dos requisitos acima descritos.¹³⁹

O juiz deferirá a medida desde que se verifique uma real necessidade em consequência dos danos sofridos, surgindo assim o direito da vítima e o dever do ofensor de indenizar. O valor da indenização provisória é determinado pelo tribunal. Assim que for determinado e, se por acaso, não houver cumprimento pelo devedor, a decisão é imediatamente exequível nos termos da execução especial por alimentos.

Caso o favorecido pela providência for atingido pela caducidade da medida, deverá restituir todas as prestações recebidas. Tal determinação é inserida na sentença que foi proferida na ação principal de indenização.

Importante traduzir a lei quando faz referência ao montante que será determinado pelo magistrado quanto à reparação provisória e que deve levar em conta o binômio possibilidade de quem deve pagar x necessidade de quem irá receber, conforme extrai-se do julgado 0555805, da Relação do Porto que informa que a procedência do procedimento cautelar de arbitramento de reparação provisória, depende da prova, pelo requerente, da necessidade econômica, carência de maior, em consequência dos danos sofridos e da existência de nexo de causalidade entre tais danos e tal necessidade, em que se encontra por causa do acidente.

Se o acidentado ficar impossibilitado, por causa da lesão, de manter o seu estilo de vida, a renda mensal provisória a fixar, com base na equidade, deve contemplar uma quantia que lhe permita assegurar os rendimentos que usufruía antes do acidente.¹⁴⁰

¹³⁹ Cf. Processo nº 0755028, Relator Paulo Brandão, Data do Acórdão 05/11/2007: a providência cautelar de arbitramento de reparação provisória não se aplica só nos casos de morte ou lesão corporal. Abrange também as situações provocadas por ilícito extracontratual, se o lesado ficar em grave dificuldade de prover ao seu sustento ou habitação. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/145424d483a0dc6d8025738e005140f1?OpenDocument>. Acesso em: 02 maio 2019.

¹⁴⁰ Cf. Relator Cunha Barbosa, Data do Acórdão 16/01/2006 Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/47443e94a364dbf6802571060051753a?OpenDocument>. Acesso em 01/05/2019; bem como, Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº 482/14.3T8OERA.L2-1, Relatora Maria Adelaide Domingos, Data do Acórdão 16/02/2016: 1. São três os requisitos da providência de arbitramento de reparação provisória: a) a existência de um direito de indenização pela produção de um dano; b) a situação de necessidade econômica do lesado; c) o nexo de causalidade entre a situação de necessidade verificada e o dano. 2. Impende sobre o requerente o ônus de alegar e provar os referidos requisitos, ainda que se exija apenas prova meramente indiciária/sumária dos referidos requisitos, com base em juízos de verossimilhança. 3. A fixação do montante da indenização obedece a critérios de equidade, pelo que, à mingua de outros elementos, o valor do rendimento do lesado antes do acidente, serve como guia para a fixação do valor da renda, por corresponder ao normal padrão de vida do mesmo, assegurando agora, como antes do acidente, as necessidades básicas que, assim, não ficarão afetadas por via do evento danoso. Disponível em

CAPÍTULO III

DA EFETIVIDADE DA INSTRUMENTALIDADE

É salutar que tratemos, inicialmente, do que vem a ser a instrumentalidade relacionada às tutelas cautelares.

A instrumentalidade alia-se à ideia de que a tutela cautelar só teria eficácia quando concedida e, posteriormente, apresentado o pedido principal. Quer dizer que a instrumentalidade preconiza que o procedimento cautelar está a serviço do processo principal, ensejando a relação de dependência entre eles. Sua finalidade precípua é dar segurança à tutela do direito pretendido. Pode-se presumir que toda tutela cautelar solicitada deverá se conectar a ação principal? Veremos mais adiante que nem todas as tutelas cautelares são dependentes de uma ação principal, podendo ser encontrada ação cautelar com caráter autônomo ou satisfativo.

Doutrinadores, como Piero Calamandrei, José Alberto dos Reis, Humberto Theodoro Junior, Rita Lynce de Faria, defendem que a instrumentalidade é uma característica essencial para se configurar a tutela cautelar.

Para Piero Calamandrei, o procedimento cautelar não é um fim em si mesmo pois está “infalivelmente” acoplado a um procedimento posterior de caráter definitivo que está assegurado pelo primeiro. Ele considera duas espécies de finalidades: a imediata, onde o processo cautelar garante a eficácia do processo principal e a mediata, onde o que importa é fazer justiça haja vista que se comprova o eficaz funcionamento da jurisdição.^{141 142}

O doutrinador define o instituto como instrumentalidade qualificada, constituindo uma instrumentalidade dupla ou “ao quadrado”, declarando que o processo cautelar é o meio para garantir o processo definitivo que por sua vez, pretende aplicação do direito. Seria um instrumento do instrumento.

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/bb03d7138f826e6f80257f6a00354656?OpenDocument&Highlight=0,arbitramento,repara%C3%A7%C3%A3o,provis%C3%B3ria>. Acesso em: 01 maio 2019.

¹⁴¹ Cf. *Introdução ao Estudo...*, 2000, p. 41-42.

¹⁴² No mesmo sentido, THEODORO JUNIOR, Humberto, em sua obra *Processo Cautelar*, 2010, p. 49: Sua eficácia sobre a lide – que retrata o conflito de interesses no âmbito do direito substancial – é apenas “mediata”, por meio de outro processo. A eficácia “imediata” é, no entanto, sentida sobre o “processo principal”, que, qualquer que seja sua conclusão, pode contar com a medida cautelar como um precioso instrumento de segurança e eficácia para sua atuação na composição definitiva da lide.

Nas palavras de José Alberto dos Reis o processo cautelar, em relação ao processo principal, desempenha um papel nitidamente instrumental, pois a providência cautelar é concedida mediante decisão provisória posta ao serviço duma decisão definitiva que será proferida no processo principal.¹⁴³

Além de que na providência cautelar há um exame de caráter sumário, provisório, precário. E quando proposto o pedido principal, há necessidade de cognição de caráter pleno, assegurando que a decisão definitiva seja entregue em tempo hábil para que sua ineficácia não se concretize.

Rita Lynce de Faria em sua obra que destaca a instrumentalidade frente à providência cautelar que desempenha um papel de dependência da ação principal buscando prevenir os riscos de uma decisão inútil pois a principal influencia no procedimento cautelar, reforçando que “Sem a ação principal, o procedimento cautelar perderia todo seu fundamento”. A doutrinadora continua, de forma interessante, apregoando que o procedimento cautelar só se inicia partindo do pressuposto de que a ação principal já exista ou está na iminência de ocorrer e só deve cessar quando esta se extinguir.¹⁴⁴¹⁴⁵

Sendo assim, tanto o início como o fim dos efeitos da cautelar dependem da ação principal. Há dois elementos inseparáveis que seriam a dependência e a provisoriedade. A dependência se justificaria na ideia de que “o processo cautelar supõe ou pressupõe sempre o principal”. E a provisoriedade baseia-se na precariedade da providência cautelar que será substituída por outra providência objeto da ação principal.¹⁴⁶

Assevera Alberto dos Reis sobre a finalidade do processo cautelar e do processo principal, defendendo que o processo cautelar não se propõe realizar diretamente o direito material haja vista essa ser a função do processo principal. O que é proposto pelo processo cautelar é mais modesto, pretendendo buscar os meios necessários para que o processo principal atinja plenamente o seu fim, sem precipitação nem tumulto.¹⁴⁷

Observamos que mesmo cada um deles possuem suas respectivas finalidades, há uma dependência entre eles, onde a providência cautelar caduca se não proposto o processo principal e aquela só terá eficácia até que seja entregue a tutela jurisdicional que analisou o pedido principal que foi beneficiado e assegurado pela tutela cautelar.¹⁴⁸

¹⁴³ Cf. *A Figura do Processo Cautelar*, 1985, p. 51.

¹⁴⁴ *A função instrumental da tutela cautelar não especificada*, 2003, p. 77.

¹⁴⁵ Complementando este raciocínio trazemos TEIXEIRA, Margarida Saraiva Sepúlveda, em seu artigo *A Inversão do Contencioso e o Caso Julgado*: O procedimento cautelar pressupõe necessariamente — e tal como tradicionalmente se encontra construído — um processo principal que comporte todas as garantias processuais e em que a existência do direito substantivo acautelado venha a ser analisado e confirmado. Disponível em <https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/A-Inversao-do-Contencioso-e-o-Caso-Julgado/6498/>. Acesso em 22 out. 2019.

¹⁴⁶ *Idem*, 2003, p. 78.

¹⁴⁷ *A figura do processo cautelar*, 1985, p. 52.

¹⁴⁸ Cf. REIS, Alberto dos, em *A Figura do Processo Cautelar*, 1985, p. 27, reforça e esclarece que: Uma vez que o processo cautelar nasce para ser posto ao serviço dum processo principal, a fim de dar ensejo a que este processo siga o seu curso normal sem o risco de a decisão final chegar tarde e ser, por isso ineficaz, vê-se claramente que a função do processo cautelar é nitidamente instrumental; o processo cautelar é um instrumento apto para assegurar o pleno

Para concluir quanto à finalidade, trazemos à tona Alberto dos Reis mencionado por Manuel Baptista Lopes conjugando instrumentalidade com o *periculum in mora*, justificando que o processo cautelar é a base para afastar o perigo da demora caso tivesse que esperar o pedido principal ser analisado num procedimento comum¹⁴⁹.

Nesse mesmo diapasão, citamos Alberto dos Reis preconizando que o perigo especial que o processo cautelar remove é o *periculum in mora*, isto é, o perigo resultante da demora a que está sujeito o processo principal. Reforça em outras palavras seria o perigo derivado do caminho que o processo principal terá de percorrer até à decisão definitiva, buscando satisfazer à justiça e garantindo que o julgamento final se baseie na ponderação e no acerto.¹⁵⁰

Porém, neste contexto de dependência ou acessoriedade entre os processos cautelar e principal, oportuno destacarmos o posicionamento contrário de Ovídio Baptista sobre a característica da dependência, alegando que não há nenhuma relação entre o provimento cautelar e uma suposta decisão de mérito. O que há são dois tipos de tutela jurisdicional, pois na ação cautelar existe uma *res in iudicium deducta*.¹⁵¹

Esta autonomia se fundamenta no escopo da tutela cautelar que é “evitar a probabilidade de sacrifício de um interesse, face a uma “situação perigosa”. Não há, assim, porque vincular-se, essa especial tutela jurisdicional, com o resultado de um outro processo que muitos consideram principal. Daí, também, porque a nota de instrumentalidade atribuída à ação cautelar, além de não lhe ser exclusiva, é incompatível com sua autonomia”¹⁵²

Neste sentido, apregoa que a acessoriedade compromete a própria função independente da tutela cautelar. Cumpre salientar que o doutrinador não nega a instrumentalidade, mas não a compreende como essencial ou exclusiva da tutela cautelar. Considera que se fosse entendida a instrumentalidade como uma garantia ao êxito do processo principal, este seria um fim em si mesmo e não instrumento.

E sua obra Do Processo Cautelar critica a posição de Humberto Theodoro quando este entende que a instrumentalidade é pressuposto para o processo cautelar, caracterizando a dependência do processo principal. No entanto, contemporiza concordando que esta dependência não seria algo tão especial pois a característica da instrumentalidade não existe apenas na cautelar mas também ocorre entre o processo em

rendimento do processo definitivo ou principal. Não satisfaz, por si mesmo, o interesse da justiça; não resolve definitivamente o litígio; limita-se a preparar o terreno, a tomar precauções para que o processo principal possa ser realizado completamente o seu fim. Portanto, o processo cautelar pressupõe necessariamente um outro processo (principal ou definitivo), já pendente ou que vai ser instaurado; e porque surge para servir o fim deste processo, a relação entre o processo cautelar e o processo principal exprime-se pelo termo *instrumental*. *Instrumentalidade hipotética*, notam os escritores, para significar que a providência cautelar emitida na pressuposição ou na previsão da hipótese de vir a ser favorável ao autor a de cisa a preferir no processo principal

¹⁴⁹ *Procedimentos Cautelares*, 1965, p. 15.

¹⁵⁰ Cf. *Dos Procedimentos Cautelares*, 1965, p. 15.

¹⁵¹ Cf. BAPTISTA, Ovídio. *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*, 1980, p.28.

¹⁵² Cf. *Idem*, 1980, p. 30.

geral e o direito substancial ou ainda entre o processo de execução e o processo de conhecimento. Compreende, assim, que um processo “serve à realização do outro, mas não há *dependência* entre ambos, como é de curial entendimento na dogmática processual moderna”.¹⁵³

Admite o caráter satisfativo uma vez que assegura contra uma situação objetiva de perigo, haja vista que não tem como proteger sem satisfazer. Existe um direito material que será satisfeito independente do resultado do processo principal.¹⁵⁴ Expõe ainda que esta dependência do processo cautelar do processo principal causa estranheza porque quando ocorre a apresentação do processo principal, o processo cautelar já existe.

José Maria Rosa Tescheiner, em sua obra *Medidas Cautelares – CPCB/1973*, já expunha um sentimento de repulsa a questão da dependência, entendendo mais compatível que o que existe é uma dependência mútua considerando que tudo o que acontece em um processo interfere ou traz efeitos ao outro; seria uma “via de mão dupla”. Não haveria só uma dependência do processo cautelar ao processo principal, o inverso, também é verdadeiro.¹⁵⁵

O doutrinador esclarece fazendo as seguintes constatações: se não concedida a cautelar, não há impedimento para apresentação do pedido principal; o juízo competente para analisar a cautelar será o mesmo que analisará o processo principal; a prova produzida numa produção antecipada de provas influi no julgamento do principal; cessa a eficácia da cautelar se não interposto o processo principal e também mantém sua eficácia na até o processo principal acontecer.¹⁵⁶ Sendo assim, o que existe entre o processo cautelar e o principal é uma dependência mútua.

Voltando às ideias de Ovídio Baptista sobre a relação de dependência trazida na legislação da época, o doutrinador insiste que mesmo sendo considerada a dependência, que o processo cautelar tem procedimento peculiar, devendo assim ser respeitado. Haja vista que, até então, o processo cautelar e o processo principal caminhariam apensados, mas possuindo espaços próprios para a produção e apresentação dos atos processuais respectivos.¹⁵⁷

Rita Lynce de Faria traduz a instrumentalidade descrevendo que o requerente ao propor a ação que contenha o pedido de tutela cautelar, deve na petição inaugural, identificar a ação principal além de ser proposta dentro do prazo para evitar a caducidade da tutela cautelar. Ressalta que esta identificação é necessária quando tratar-se de procedimento *ante causam*. Esta exigência encontra fundamento por três

¹⁵³ 2006, p. 102-103.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 31.

¹⁵⁵ 1974, p. 11-12. Disponível em <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/especial/obras-para-download>. Acesso em 22 ago.19.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ *Do Processo Cautelar*, 2006, p. 103.

razões: 1) deve ser fornecido ao juiz elementos e informações consistentes sobre a tutela cautelar e a futura ação para que garanta a efetividade de ambas as tutelas; 2) quando informada a ação principal o magistrado, este já forma um prognóstico sobre o resultado positivo do pedido principal; 3) determinação do tribunal competente para analisar ambas as tutelas.¹⁵⁸

Neste sentido, também extraímos que em caso da tutela cautelar ser requerida *ante causam*, existe um verdadeiro ônus quanto à propositura da tutela principal dentro do prazo legal, sob pena de se ferir a instrumentalidade, extinguir o processo cautelar e caracterizar a caducidade da tutela cautelar.

Para finalizarmos, faz-se conveniente analisarmos a hipótese de existirem as cautelares satisfativas.

Em sua obra publicada em 2009, José Roberto dos Santos Bedaque ao tratar das cautelares satisfativas as adjetiva como uma “suposta antinomia”, apesar de grande parte da doutrina, como Adroaldo Furtado Fabricio, Luiz Fux, Luiz Guilherme Marinoni, entender que contém natureza de desvirtuamento do procedimento cautelar na intenção de abreviar a concessão da tutela, configurando um desrespeito à esfera jurídica da outra parte, que sequer tinha a oportunidade ser ouvida. A doutrina entende serem incompatíveis a convivência conjunta dos termos “cautelar” e “satisfativa”.¹⁵⁹

Para o doutrinador não é absurda a ideia de uma cautelar possuir natureza satisfativa, pois o requerente ao pleitear a antecipação da tutela (ou cautelar satisfativa), não pretenderia proteção jurisdicional para evitar o prejuízo temporal provocado do julgamento do processo principal, mas sim a satisfação de seu direito mesmo que em caráter provisório.¹⁶⁰

Para a doutrina brasileira dominante, essa antecipação não seria condizente com a natureza de cautelar, pois como há satisfação integral do autor por ter alcançando seu objetivo, afastando a característica inerente à cautelar, qual seja, assegurar a efetividade da decisão final. Destarte, a nomenclatura não seria tutela cautelar e sim tutela antecipada.¹⁶¹

Em Portugal, destacamos a opinião de Rita Lynce de Faria denotando ser contrária à satisfatividade de uma tutela cautelar, por caracterizar afronta à instrumentalidade, designando como “tutela cautelar não instrumental”, onde esta espécie de tutela passa a ser um fim em si mesma, configurando independência e definitividade, comprometendo o fim para a qual foi concebida.¹⁶²

¹⁵⁸ Cf. *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, 2003, p. 93-94.

¹⁵⁹ Cf. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, 2009, p. 206-210.

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ *Idem*.

¹⁶² Cf. *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, 2003, p. 221-230.

Devemos analisar ainda a *sumaria cognitio* que se perfaz num sistema de tutela provisória, carecendo de futura ação principal, ocorrendo uma capacidade probatória mais profunda, garantindo o resultado definitivo da demanda. Reforça argumentando “Prescindir da instrumentalidade significa desnaturar a tutela cautelar” Quando tal acontece, o sistema falhou”. Sendo assim, o sistema precisa apresentar mecanismos que combatam essa incoerência.¹⁶³

Apesar de não apreciar a ideia de uma tutela cautelar satisfativa, a doutrinadora distingue como uma aparente solução - palpável em ambos ordenamentos jurídicos-, que ao ser concebida a tutela cautelar (antecipatória) e para se evitar um dano ao requerido maior do que aquele que ela pretende evitar, deve ser determinada prestação da caução, fato em que se configuraria uma irreversibilidade da tutela, que garante a pretensão do requerente e, proporcionalmente, protege o requerido.¹⁶⁴

3.1 Segurança Jurídica e Urgência: equilíbrio entre celeridade, economia e eficiência

O ordenamento jurídico processual civil nem sempre teve a importância que possui atualmente. É resultado de muitas transformações que procuraram estudar os conflitos, desde a fase de se fazer justiça com a próprias mãos até o presente momento onde verificamos um processo civil convertido a entregar respostas eficazes e justas a ponto de provocar no cidadão um sentimento de conformidade, a partir do momento que não resta outras oportunidades ou institutos que possam modificar a decisão.

Depreende-se assim que o processo é um instrumento, utilizado pelas partes, para exporem suas pretensões, resistências, insatisfações, requerimentos e que para o Estado é um método de trabalho onde a jurisdição desenvolverá suas funções, em especial, a de por fim aos conflitos levados até sua análise.¹⁶⁵

Interessante tratarmos do processo como instrumento, como uma garantia para as partes pois estas devem ser consideradas protagonistas, uma vez que a Constituição assegura que os cidadãos, através do princípio do devido processo legal sejam titulares do direito de ação e que o Estado tem o dever de fazer a entrega da tutela jurisdicional da forma mais conveniente e adequada possível, desde que observados os requisitos processuais.¹⁶⁶

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ *Idem*. p. 240.

¹⁶⁵ Neste mesmo sentido, corrobora FONSECA, Isabel Celeste, em sua obra *Processo temporalmente justo e urgência*, 2009, p. 336: A concretização do direito o processo efectivo e temporalmente justo pressupõe a consideração de um conceito de duração justa do processo, um conceito que deve ser entendido no contexto daquilo que o ordenamento jurídico oferece aos *sujeito-partes-num-processo*. A duração justa deve pressupor a efectividade do processo, tanto na perspectiva do resultado final do processo, como na perspectiva do tempo de espera na obtenção do resultado final, sendo certo que deve ter-se em conta a complexidade da causa e o tipo de situação que é carente de tutela jurisdicional.

¹⁶⁶ Cf. MIRANDA, Jorge em sua obra *Direitos Fundamentais*, 2017, p. 391-392: O eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos

Dessa forma, a principal ação da jurisdição é corresponder a busca do cidadão respondendo às suas aflições, apreciando de forma efetiva aquela situação concreta posta a sua análise, uma vez que o ordenamento jurídico não possui competência para prever todas as situações que possam ocorrer na sociedade haja vista sua evolução frenética.

Logo, o papel da jurisdição não é só aplicar diretamente a lei, efetivar a relação do fato à norma, mas também, observar que precisará buscar nas fontes acessórias do direito a resposta mais adequada e eficaz possível.

Contudo, para aqueles que atuam na seara jurídica, a burocracia, a morosidade e a formalidade são elementos indissociáveis quando se trata da entrega da tutela jurisdicional, por razões já ditas anteriormente. E especificamente a morosidade, mesmo compreendendo ser natural em alguns procedimentos, em outros momentos, ela é extremamente danosa por comprometer a eficácia de um determinado direito.

Marco Gonçalves corrobora justificando que, geralmente, o caminho para se alcançar uma decisão judicial definitiva é longo, sinuoso e moroso. E, conseqüentemente, a excessiva litigância judicial ou a própria complexidade da causa, que consubstancia o período de tempo entre a propositura da ação e o trânsito em julgado da sentença pode não ser compatível com a tutela adequada do direito do autor, caracterizando a demora como um “defeito constitucional, um custo inevitável” do processo judicial.¹⁶⁷

O doutrinador conclui que a segurança e a certeza da decisão judicial devem estar harmonizadas garantindo a efetividade da decisão, já que de nada vale obter uma sentença materialmente justa, se esta não for temporalmente exequível.¹⁶⁸ Sendo assim, desconstrói-se a ideia de que o direito à tutela jurisdicional seria apenas o direito à sentença.

Esta desejada harmonia é, por vezes, comprometida em razão da demora que costuma ser padrão nos sistemas processuais. Seria recomendado guardar proporção entre a busca da tutela jurisdicional adequada e efetiva e o tempo em que ela será entregue, sob pena de comprometimento do direito pretendido e sua respectiva urgência.

direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica. Porém, o Estado de Direito acrescenta algo mais, como já dissemos: 1.º) a reserva de jurisdição dos tribunais, órgãos independentes e imparciais, com igualdade entre as partes, e que decidem segundo critérios jurídicos; 2.º) a possibilidade de os cidadãos se dirigirem a tribunal para a declaração e a efetivação dos seus direitos não só perante outros particulares mas também perante o Estado de quaisquer entidades públicas. Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoantes sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais.

¹⁶⁷ *Das Providências Cautelares*, 2017, p. 79-80.

¹⁶⁸ *Idem*.

Sendo assim, o tempo é fator imprescindível e inseparável para que ocorra uma entrega íntegra e eficaz. O processo útil visa neutralizar um prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Esta deve ou deveria ser a finalidade das providências cautelares.¹⁶⁹

Os atuais procedimentos referentes às providências cautelares ou tutela cautelar, nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, dão azo para se deliberar sobre as questões de celeridade, de economia e de eficiência, haja vista, que a forma de acontecimento dos atos no procedimento cautelar é específica, diante da possibilidade de apresentação em caráter antecedente e sua análise imediata.

Neste sentido, convém destacar o art. 6º, n. 1, da CEDH que apregoa que qualquer pessoa tem direito que seu pedido, diante da Jurisdição, seja examinado, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal competente e imparcial.

Por sua vez, no CPCB, consta o direito de que nenhuma lesão deixará de ser apreciada pelo tribunal que deverá fazê-lo em prazo razoável, com análise do mérito da questão de forma satisfativa, efetiva. E, ainda, com fundamento no CPCP, a proteção jurídica de obter uma decisão judicial, dentro de um prazo razoável, com força de caso julgado.¹⁷⁰

Percebe-se que nos diplomas acima mencionados, há uma inquietação e repetição quanto ao direito de ação considerando a característica da efetividade não só pelo procedimento, mas também, pelo respeito aos princípios e mais precisamente, em nosso caso, ao fator tempo.

Humberto Theodoro Junior elucida que o processo cautelar não convém para fornecer uma certeza ou posição favorável no processo principal, e sim para que evite experimentar um desequilíbrio entre as partes em razão do tempo. Por conseguinte, “o processo é indissociável da ideia de tempo, de maneira que é impossível evitar que entre a propositura da ação e a prestação jurisdicional medeie um espaço de tempo com possíveis reflexos sobre os bens e relações jurídicas em disputa”.¹⁷¹

¹⁶⁹ Neste sentido, SLAIBI FILHO, Nagib, em sua obra *Direito Fundamental à Tutela Cautelar*, 2013, p. 20: O tempo é elemento inerente à tutela cautelar, pois o processo, como instrumento da tomada decisão, exige procedimentos que necessariamente devam ser produzidos de forma segura, o que, por si só, poderia ferir a justiça da decisão. Não se distingue a pretensão cautelar da pretensão, e aquela não é acessória desta, mas sua expressão ao se pleitear providências que se tornem necessárias para não esvaziar o próprio conteúdo da pretensão principal. O direito fundamental à cautelar não perde de vista que a justiça humana, quando rápida, não é segura e, para ser segura, não pode ser rápida.

¹⁷⁰ Neste sentido, LIMA, Joaquim Pires de, em seu artigo *Considerações Acerca do Direito à Justiça em Prazo Razoável*, na Revista da Ordem dos Advogados, ano 1990, ano 50, volume III, dezembro/1990, p. 672-673, O direito à Justiça em prazo razoável é o direito que cada cidadão tem de ver o Tribunal interno solucionar negativa ou positivamente a sua petição ou contestação em tempo útil. No fundo, o que se consagra é o direito a que os tribunais funcionem, respondendo às solicitações da Justiça dos cidadãos. É óbvio que este direito não significa que ao cidadão o tribunal reconheça a razão ao apreciar o mérito do litígio pendente. O que se existe é que o Tribunal julgue depressa. É na Constituição da República que o cidadão encontra o primeiro fundamento do direito à Justiça em prazo razoável, ao ver consagrado no artigo 20º o acesso ao direito aos tribunais. O acesso ao direito e aos tribunais implica a eficácia do meio e a resposta em tempo útil por parte dos tribunais. Se a Justiça não responder em tempo útil será ineficaz e ficará frustrado o direito de acesso consagrado na Constituição”. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-1990/ano-50-vol-iii-dez-1990/doutrina/joaquim-pires-de-lima-consideracoes-acerca-do-direito-de-justica-em-prazo-razoavel/>. Acesso em: 04 set. 2018.

¹⁷¹ Cf. *Processo Cautelar*, 2010, p. 49.

Joaquim Pires de Lima, em 1990, apontou que a jurisprudência e a doutrina consideravam como principais obstáculos à efetividade do processo, os seguintes aspectos: a complexidade da causa, a postura das autoridades e a postura do requerente, e o doutrinador ainda acrescentou, de acordo com sua experiência, o aspecto da finalidade do processo na visão do requerente, e não deixou ao esquecimento, a desorganização do próprio aparelho judiciário.¹⁷²

O fator tempo, portanto, pode trazer efeitos colaterais inconvenientes ao bom desenvolvimento processual e, além disso, pode extrapolar dos limites do processo, que pelas palavras de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, acarretando na sociedade maus sentimentos uma vez que as pessoas captam que descumprir a lei é normal, posto que não se observa uma solução em tempo razoável e uma punição coerente e proporcional.

A morosidade é favorável a uma parte e até mesmo favorece economicamente os “poderosos” pois estes têm condição de suportar os custos independente do tempo que o processo dure. Isto é, o processo pode se converter em um instrumento de consequências nefastas, comprometendo todo sistema judiciário e de como este é visto pela sociedade.¹⁷³¹⁷⁴

Presenciamos, portanto, travar-se um conflito entre segurança e celeridade. Nem sempre celeridade, quer dizer, efetividade e por sua vez, segurança. O que se pretende é o equilíbrio entre esses fatores. O problema foco não seria o resultado, mas sim os meios. Podemos crer, inclusive, que as partes entenderão melhor o resultado, porque se o processo tramitou de forma eficiente, seria mais usual que as partes renunciassem ao direito de recorrer.

Manuel Baptista Lopes corrobora tal raciocínio ponderando que a finalidade do processo cautelar é afastar ou remover o *periculum in mora*, sendo um tipo especial de perigo, pois se vislumbra apenas no procedimento cautelar. Resultará da demora do processo principal até chegar ao seu fim, buscando alcançar a satisfação do direito e a aplicação da justiça de forma ponderada e exitosa.

O processo cautelar tem a função de evitar o sucateamento do direito em razão da demora do processo principal que tornará inútil o resultado prático do instrumento da tutela jurisdicional. Nas palavras

¹⁷² Cf. artigo Considerações Acerca do Direito à Justiça em Prazo Razoável, na Revista da Ordem dos Advogado, ano 1990, ano 50, volume III, dezembro/1990, p. 681. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-1990/ano-50-vol-iii-dez-1990/doutrina/joaquim-pires-de-lima-consideracoes-acerca-do-direito-de-justica-em-prazo-razoavel/>. Acesso em: 04 set. 2018.

¹⁷³ Cf. *Tutela Provisória – Tutela de Urgência...*, 2018, p. 67.

¹⁷⁴ Cf. LYNCE, Rita. *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: um difícil equilíbrio entre a urgência e a irreversibilidade*, 2016, p. 16: As crises, como aquela que se vive em nosso sistema judicial, exigem prudência. Por um lado, a crise é necessariamente semente de algo novo, em substituição de um modelo precedente que acabou por esgotar as suas potencialidades. Mas, por outro, o modelo que dela advém pode ser ainda pior do que o que claudicou e conter no seu gérmen as sementes de uma nova crise, porventura pior do que a anterior. A resposta está na ponderação das causas da crise precedente, na observação atenta e científica da realidade, no ensaio de soluções novas sem a pretensão política da sua perfeição. Disponível em http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documentos/UCEditora/Indices/2016/Tutela%20Cautelar_II.pdf. Acesso em: 25 mar. 2019.

de Alberto dos Reis, “o processo cautelar é um instrumento apto a assegurar o pleno rendimento do processo definitivo ou principal. Não satisfaz, por isso mesmo, o interesse da justiça; não resolve definitivamente o litígio; limita-se a preparar o terreno, a tomar precauções para que o processo principal possa realizar completamente seu fim”.¹⁷⁵

Relevante trazer a argumentação de Piero Calamandrei quanto à classificar o *periculum in mora* em 2 categorias: 1) o procedimento cautelar não pretende a satisfação do direito perseguido, mas sim providenciar meios eficazes para assegurar a declaração daquele direito haja vista a lentidão do processo principal; 2) o procedimento cautelar de essência provisória visa acelerar, também de modo provisório, a satisfação do direito pois o processo principal tem em si uma morosidade natural que pode causar a insatisfação de determinado direito perseguido.¹⁷⁶¹⁷⁷

Mas não devemos deixar de ponderar sobre o aspecto negativo quanto à concessão da tutela cautelar por estar fundamentada na cognição sumária. Uma vez que se concede determinada medida nos moldes ditados pelas tutelas provisórias, também há a possibilidade de se causar prejuízos a outra parte, devendo a parte beneficiada reparar o que restou lesado, conforme disposto no art. 302, CPCB e art. 374º, CPCP.¹⁷⁸

Nesse sentido, apesar da eficácia da tutela de urgência, esta afetou a tramitação do processo, trazendo uma subversão de sua utilidade, por dar ensejo à responsabilidade civil pretendendo mitigar o máximo que puder o prejuízo experimentado pelo requerido.

Extrai-se que estamos tratando aqui de dois importantes princípios, quais sejam: o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica, onde a demora desmesurada afeta de imediato a essência de ambos, causando uma invalidade da eficácia prática das decisões, podendo, naturalmente, gerar

¹⁷⁵ Cf. *Dos Procedimentos Cautelares*, 1965, p. 15.

¹⁷⁶ Cf. *Introdução ao Estudo Sistemático...*, 2000, p. 88-89.

¹⁷⁷ *Idem*. CALAMANDREI justifica a diferença entre as categorias mencionadas com o seguinte exemplo prático: Se um credor abastado, o qual não se sente de modo algum lesado por dever esperar por muito tempo a satisfação do seu crédito, teme que o seu devedor durante a espera se desfaça de todos os seus haveres mobiliários, de modo a considerar praticamente vã a execução forçada que possa dali a algum tempo ser intentada contra ele, procurará socorro, contra este perigo, no sequestro conservativo. Mas se o credor, por suas particulares razões de necessidade (porque, digamos, reduziu-se à miséria e tem na cobrança de seu crédito a única esperança de sustento), teme o dano talvez irreparável que lhe derivaria por dever esperar por muito tempo a satisfação do seu direito, não lhe traria vantagem contra esse perigo as medidas cautelares que fossem unicamente dirigidas a manter reservados para o dia da execução forçada os bens do devedor, mas lhe são necessárias, quando o direito positivo as preveja, medidas cautelares capazes de acelerar a execução forçada. No primeiro caso o credor está disposto a esperar, mas quer ser assegurado de que sua espera não será em vão; no segundo caso, também, se tem certeza de poder encontrar no patrimônio do devedor, depois de certo período de espera, os meios para satisfação, quer sobretudo fugir dos danos que lhe derivariam de tal espera, ao fim da qual o procedimento principal, também se vivamente eficaz, chegaria muito tarde para poder lhe trazer vantagem.

¹⁷⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10/11/2016, processo 638/12.3TBLNH.L2-2. Ementa: I. A falta de discriminação de factos que se entenda que deveriam ter sido dados como provados pelo tribunal *a quo*, remetendo-se a apelante a considerações de direito ou meramente conclusivas, com citações de doutrina e de jurisprudência e dos depoimentos das testemunhas e do réu, determina a improcedência da anunciada impugnação da decisão de facto. II. A responsabilização do requerente de providência cautelar instaurada nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), pelos danos causados ao requerido e aos contra interessados, abarca as consequências danosas do imediato efeito suspensivo decorrente da instauração do procedimento cautelar, ainda que a providência não chegue a ser decretada. III. Contudo, constitui requisito específico desta particular modalidade de responsabilidade civil, prevista no art.º 126.º do CPTA, que o agente tenha agido com dolo ou negligência grosseira. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/12623b69c5914aca8025808e003a72e5?OpenDocument&Highlight=0,responsabilidade,r equerente,provid%C3%Aancia,cautelar>. Acesso em 27 ago. 2019.

injustiças para aqueles que procuram a atividade jurisdicional. Não esquecendo de que o cidadão não pode ser privado de seus bens e direitos sem o devido processo legal e sem que seja conferido e efetivados o contraditório e a ampla defesa.

Um das questões que nos leva ao encontro do poder geral de cautela – acrescido dos elementos acima citados - pois a partir do momento que é proposta determinada tutela provisória o juiz, não pode jamais abandonar tais princípios, buscando encontrar a proporção exata de aplicação de todos sem que arranhe o direito de nenhum dos envolvidos, estando efetivamente assegurado o resultado útil do processo.

Corroborando que o poder geral de cautela do magistrado ganha protagonismo pois o que ocorre nas ações que possuem um requerimento de tutela cautelar é uma inversão na ordem de ocorrência de alguns atos processuais importantes. O que se reconheceria após cumpridas todas as fases processuais – postulatória, ordinatória, probatória e decisória – pode ser concedida, muitas vezes, antes mesmo do réu comparecer aos autos; o que num primeiro momento pode beirar a uma agressão ao direito ou ao patrimônio por parte do Estado sobre o requerido.

3.2 Brasil: ausência da instrumentalidade?

3.2.1 Panorama da Tutela Cautelar no Ordenamento Jurídico Brasileiro conforme Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015

A tutela cautelar continha previsão no CPCB/1973. A nomenclatura era medida cautelar onde possuía no código um livro próprio.

Pelo CPCB/73, a instrumentalidade era clara, pois quando proposta a ação cautelar e sendo concedida a medida através da liminar, o requerente contava com o prazo decadencial de 30 dias para propositura da ação principal. Caso não respeitasse esse prazo, a liminar perderia sua eficácia.

Portanto, a dependência entre processo cautelar e processo principal era visível, porque existiam duas petições iniciais e dois processos, conforme ditava o teor do art. 796, CPCB/73. De acordo com o

art. 809, CPCB/73, os autos do procedimento cautelar eram apensados aos do processo principal.¹⁷⁹ Interessante e oportuna a análise de dois fluxogramas 1 e 2 (anexos), que demonstram o procedimento da tutela cautelar no ordenamento jurídico brasileiro quando da vigência do CPCB/2015 e do CPCB/1973.

Humberto Theodoro Junior e Galeno Lacerda advertem quanto à impossibilidade de cumulação do pedido cautelar com o pedido principal, nos mesmos autos, expondo que caso fosse efetuada pelo requerente, o processo cautelar seria convertido em processo com rito ordinário, que era considerado um procedimento comum a grande maioria das ações judiciais.

Justificavam que caracterizaria “a promiscuidade de pedidos heterogêneos, numa só relação processual, leva a impasses senão intoleráveis pelo menos indesejáveis, conduzindo, por outro lado, à evidente incompatibilidade de ritos”.¹⁸²

O procedimento em si funcionava da seguinte forma: a petição inicial era recebida para que o juiz examinasse se guardava consonância quanto aos requisitos processuais e se cabia a concessão da liminar. Se fosse concedida, o requerido seria citado para contestar o pedido em 5 dias, já indicando se pretendia produzir provas e quais seriam. Detalhe que no mandado de citação além do direito de contestar, ainda constava a concessão da liminar e que esta deveria ser cumprida.

Também poderia ser concedida a liminar *inaudita altera parte*, conforme preceituava o art. 804, CPCB/73 onde era lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando se verificasse que este, sendo citado, poderia torná-la ineficaz; havia a possibilidade do requerente prestar caução real ou fidejussória para ressarcir os danos que o requerido pudesse experimentar.

Após o prazo para apresentação de defesa e na hipótese de necessidade de provas orais, era designada audiência de instrução e julgamento, que em razão do procedimento específico cautelar, nas palavras de Humberto Theodoro e Ovídio Baptista ponderam que “a instrução das causas cautelares é necessariamente sumária em razão da emergência de perigo que o provimento procura obviar. Reduzem-se, por isso, as provas as informações sumárias, fundadas em critérios de mera plausibilidade”.¹⁸³

¹⁷⁹ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 2018, p. 634: As medidas cautelares no regime do Código revogado eram objeto de ação apartada do processo principal, embora tivessem seus efeitos atrelados ao destino deste (arts. 796 e 800 a 804 do CPC/73). Já as medidas satisfativas urgentes eram invocáveis sempre no bojo do próprio processo principal (art. 273 do CPC/1973), não dependendo, portanto, do manejo de ação distinta. Eram, assim, objeto de mero incidente do processo já em curso.

¹⁸⁰ CPCB/73: Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório. (grifo nosso)

CPCB/73: Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas. (grifo nosso)

¹⁸¹ CPCB/73: Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente (grifo nosso).

¹⁸² Cf. *Processo Cautelar*, 2010, p. 134.

¹⁸³ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, 2010, p. 146; BAPTISTA, Ovídio. *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*, 1980, p. 65.

Retornando à propositura da ação principal, cabe ressaltar que o prazo de 30 dias tinha como marco inicial quando da concessão da liminar da tutela cautelar. Portanto, a instrumentalidade, pelo sistema cautelar anterior, se concretizava na apresentação do pedido principal, sob pena de caducidade da tutela cautelar conferida. Neste sentido, oportuno colacionarmos o julgado:

Medida cautelar - Arrolamento de bens - Caducidade pretendida - Ação principal distribuída dentro do prazo de 30 dias contados da data em que o requerido foi intimado da restrição aos seus direitos - Entrega aliás da inicial no cartório da vara no prazo de 30 dias contados do início das diligências de arrolamento - Ato que atingiu finalidade objetivada - Agravo não provido. STJ, 3ª T., REsp 766.563, Rel. Min. Gomes de Barros, ac. 23.08.2006, DJU 20.03.2006, p. 271¹⁸⁴

Importante ressaltar que a jurisprudência no âmbito do STJ era no sentido de que: a) a ação cautelar é sempre dependente do processo principal e visa apenas garantir a eficácia da futura prestação jurisdicional e b) o não-ajuizamento da ação principal no prazo estabelecido pelo art. 806 do CPC acarreta a perda da medida liminar e a extinção do processo cautelar, sem julgamento do mérito, conforme AgRg no REsp 1124514 DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª T., julgado em 24/11/2009, DJe 01/12/2009.¹⁸⁵

A súmula do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, nº 482, que apesar de ter se originado sob a égide do antigo CPCB/73, ainda provoca efeitos no CPCB/2015, preconizando a importância da propositura da ação principal assim como a perda da eficácia da cautelar.¹⁸⁶

Discutia-se sobre este prazo de 30 dias nos seguintes termos: o termo inicial é o momento em que o oficial de justiça torna efetiva a medida ou do instante em que realizada a diligência, dela intima o requerente ou da data da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido?¹⁸⁷

Ovídio Baptista argumenta que este prazo começaria a correr a partir do momento em que a parte toma ciência formal da juntada aos autos do mandado de execução da medida cautelar devidamente cumprida. Por seu turno, Jaqueline Mielke entende que o prazo de 30 dias começa a fluir a partir do momento em que o autor tiver conhecimento da efetivação da medida.¹⁸⁸¹⁸⁹

¹⁸⁴ Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501167230&dt_publicacao=20/03/2006. Acesso em: 08 jul. 2019.

¹⁸⁵ Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 08 jul. 2019.

¹⁸⁶ Cf. STJ, Súmula 482 - A falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar. (Súmula 482, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/2012, DJe 01/08/2012).

¹⁸⁷ Ementa: Processo Civil. Ação Cautelar Preparatória. Medida Liminar. Momento de sua efetivação. Início do Prazo para propor a Ação Principal. Art. 806, CPC. Em se tratando de medida liminar concedida em ação cautelar preparatória para que o promovido se abstenha da prática de determinados atos, a sua efetivação, para fins de contagem de prazo de que cuida o artigo 806 do Código de Processo Civil, se dá quando o réu toma ciência de sua prolação. (STJ, 1ª Turma, REsp 25.410/RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. 14.09.1994). Disponível em 08/07/2019 https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200189776&dt_publicacao=12-12-1994&cod_tipo_documento=1 Acesso em 08/07/2019; em outro sentido, peço autor, STJ, 4ª Turma, REsp 72.646/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 07.11.1995, DJU 18.12.1995. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500426919&dt_publicacao=18-12-1995&cod_tipo_documento=1. Acesso em: 08 jul. 2019.

¹⁸⁸ Cf. BAPTISTA, *Do Processo Cautelar*, 2006, p. 201; MIELKE, Jaqueline. *Tutela de Urgência...*, 2009, p. 126.

¹⁸⁹ Julgados do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro: 1) PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. PRAZO PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL DE

Para Jaqueline Mielke Silva este prazo de 30 dias, também, tem como finalidade evitar um constrangimento ao requerido, que teve de se submeter a uma medida cautelar constritiva que comprometa limites à sua liberdade de disposição. Isto é, evita que a liminar “se transforme em odioso instrumento de *vindita*, perpetuando no tempo eventuais danos causados ao demandado”.¹⁹⁰

3.2.2 Do Procedimento da Tutela Cautelar nos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015¹⁹¹

Para complementar as informações, oportuno informar o procedimento da medida cautelar quando da vigência do CPCB/73, conforme a seguir destacados:

- 1) Recebida a petição inicial, o juiz a examinará para observar se presentes os requisitos para o exercício de ação assim como se presentes os requisitos para concessão da liminar. Poderia ocorrer o indeferimento caso não fossem supridas as irregularidades previstas pelo magistrado.
- 2) Se tudo regular, o juiz concederia a liminar e o réu seria citado para que em 5 dias, para que contestasse o pedido, indicando as provas que pretendia produzir. Se o juiz marcasse audiência de justificação, o prazo para contestar contaria a partir da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido; se a liminar fosse concedida, o prazo só passava a contar a partir da execução da medida cautelar.
- 3) Importante esclarecer que se concedida a liminar, o juiz determinaria uma dupla missão: o cumprimento da liminar e a citação do réu. Poderia ocorrer a emissão de um único mandado ou de um para cada um dos atos.
- 4) Aberto o prazo para contestar, o réu poderia apresentar suas alegações de cunho processual, como incompetência do juízo, ilegitimidade de parte etc., para depois apresentar seus argumentos de caráter material. Como forma de defesa, não havia apenas a contestação mas o réu, também poderia, manusear as exceções de incompetência, impedimento ou suspeição. Sendo que se fossem utilizadas as duas formas

SUSTAÇÃO DE PROTESTO.CPC, ARTS. 806 E 808. CIÊNCIA DA LIMINAR. DATA DA ASSINATURA DO TERMO DE CAUÇÃO. I – deferida a liminar de sustação de protesto em despacho que determinou, concomitantemente, a prestação da caução respectiva, a realização desta, mediante o oferecimento da garantia e a lavratura do termo próprio configuram a ciência da autora cautelar sobre a efetivação da aludida liminar, daí fluindo o prazo de trinta dias para o ajuizamento da demanda principal, aqui inobservado. II – liminar tornada sem efeito, corretamente, pelo Tribunal estadual, porém, determinado o processamento da cautelar, em consonância com o entendimento firmado pela 2ª Seção do STJ. (REsp n. 327.380/RS, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, julgado em 22.05.2002). III – Recurso especial não conhecido. (Resp 199.683, Quarta Turma, Min. Aldir Passarinho Júnior, 29.06.2004).

2) PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. TERMO “A QUO” PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL. DATA DA CIÊNCIA AO AUTOR DO CUMPRIMENTO DA MEDIDA. CPC, ART. 806. EXEGESE. ENTENDIMENTO DA TURMA. ARRESTO. REQUISITOS. PRECEDENTES. CPC, ART. 813. RECURSO DESACOLHIDO. I – nos termos do posicionamento da Turma, o prazo para propositura da ação principal conta-se, em princípio, da data em que o autor teve ciência da efetivação da medida. II – considerando que a medida cautelar de arresto tem a finalidade de assegurar o resultado prático e útil do processo principal, é de concluir-se que as hipóteses contemplada no artigo 813, CPC, não são exaustivas, mas exemplificativas, bastando, para a concessão do arresto, o risco de dano e o perigo da demora. (REsp 123659, Rel Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, 21.09.1998).

¹⁹⁰ Cf. *Tutela de Urgência...*, 2009, p. 125.

¹⁹¹ Cf. fluxogramas 1 e 2 - conteúdo anexo.

de defesa, eram apresentadas em petições separadas com autuação próprias. Deixamos claro que a reconvenção, apesar de se considerar uma espécie de defesa, nos casos de medida cautelar, não era compatível haja vista não se destinar ao mérito da controvérsia e por ter natureza jurídica de ação, não contendo caráter de oposição.

5) Caso não contestasse, incorreria em revelia, sofrendo o réu efeitos de caráter processual e material, como: o réu não seria intimado dos atos processuais; o processo cautelar seria julgado em 5 dias (mesmo não ocorrendo a instrução); os fatos apontados pelo autor considerados verdadeiros, porém, o réu poderia intervir no processo quando lhe conviesse, aceitando tudo o que teria, até então, sido apresentado. Contudo, apresentada a contestação dentro do prazo legal e havendo necessidade de prova oral, o juiz designaria audiência de instrução e julgamento, onde tentaria, num primeiro momento, a conciliação e caso não obtida, coletaria a prova e se conveniente, prolataria a sentença.

6) Importante lembrar que a instrução em procedimentos cautelares também tinha natureza sumária, sendo fundamentada em critérios de mera plausibilidade. Porém, quando em caso de extrema urgência, o juiz deferisse a medida sem ouvir o outro pólo da ação – INAUDITA ALTERA PARTE - pois, estava convencido da desnecessidade de provas ou outros elementos de convicção.

7) Havendo a concessão DA LIMINAR, o autor, após 30 dias da concessão, apresentaria o pedido principal, em petição autônoma, devendo, também, preencher os requisitos para o exercício do direito de ação pretendendo, neste espaço processual, justificar e delimitar, exatamente o direito material.

8) Este processo principal, apesar de autuação própria, seria apensado ao processo cautelar. O andamento processual do processo principal será como todo procedimento comum: petição inicial regular; expedição de mandado de citação; prazo para defesa; momento de apresentação da réplica; abertura da fase de instrução – se necessária e, finalmente, prolação da sentença.

Entretanto, com a criação da nova legislação processual civil, CPCB/2015, uma mudança significativa ocorreu, pois, atualmente, quando proposta a petição inicial, nela constará o pedido de tutela cautelar e após sua análise e concessão, o autor terá o prazo de 30 dias, para emendar a petição inicial, apresentando o pedido principal. Necessário esclarecer, que de acordo com a nova sistemática, não passarão a existir dois processos, e sim no mesmo processo, constarão o pedido da tutela cautelar e o pedido principal. ¹⁹²¹⁹³

¹⁹² Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto., *Curso de Direito Processual Civil*, 2018, p. 634: O novo Código eliminou essa dualidade de regime processual. Tanto a tutela conservativa como a satisfativa são tratadas, em regra, como objeto de mero incidente processual, que pode ser suscitado na petição inicial ou em petição avulsa (art. 294, parágrafo único, NCPC).

¹⁹³ *Idem*, p. 635: [...] Isto é, mesmo nas tutelas urgentes cautelares, em que o promovente não necessita desde logo anunciar o pedido principal, este, a seu tempo, será formulado nos próprios autos em que ocorrer o provimento antecedente ou preparatório, sem necessidade de iniciar uma ação principal apartada. Não haverá, como se vê, dois processos. Ainda que o caso seja de tutela urgente antecedente, tudo se passa dentro de um só processo. O pedido principal superveniente observará o regime da adição de pedidos, do qual participará, também, a causa de pedir. De tal sorte, quando a medida for cautelar, pedido principal e causa *petendi* não precisam ser formulados desde logo na petição inicial das tutelas antecedentes. Podem ser apresentados e explicitados no

Marinoni esclarece que o prazo de 30 dias para a dedução do pedido principal começará a contar a partir da juntada aos autos do mandando de efetivação da tutela cautelar. E ressalta sobre a importância da restrição dos 30 dias, com a mesma intenção já exposta por Jaqueline Mielke, alegando que o prazo é breve – nem tanto assim – pois não se poderia permitir que uma tutela cautelar infundada perdurasse por longo período de tempo, assumindo o requerente o ônus de provar, contundentemente, ou da forma mais segura possível, a necessidade da cautelar.¹⁹⁴¹⁹⁵

Podemos pormenorizar o atual procedimento, descrevendo o andamento processual passo a passo:

1) Ao ser apresentada a petição inicial que pretenda a concessão de uma tutela cautelar, não precisa estar completa no que diz respeito ao pedido principal. Quer dizer, apresenta-se, primeiro, a petição inicial com a tutela cautelar, para posteriormente, ser apresentado o pedido principal.

2) Se concedida a tutela cautelar, o requerente contará com o prazo de 30 dias de sua concessão para apresentar emenda contendo o pedido principal – importante observar que tutela cautelar e pedido principal serão apresentados nos mesmos autos.

3) Em seguida, pode haver ou não a concessão de liminar antes da citação. Deste momento, caso seja da vontade do requerente, poderá ser proposto o recurso de agravo de instrumento sem suspensão do processo

4) Ocorrerá a citação do réu para este vir responder em 5 dias o pedido cautelar. Sendo apresentada a contestação, daqui para frente, o procedimento seguido será o comum. E caso não haja contestação, serão considerados verdadeiros os fatos trazidos pelo autor.

5) Sendo efetivada a tutela cautelar, o pedido principal deverá ser apresentado em 30 dias. Se não houver pedido principal, o processo e a tutela cautelar se extinguem; se houver a formulação do pedido principal, designa-se audiência de conciliação, para a qual as partes serão intimadas.

6) Logo após, será proferida decisão definitiva, que poderá ocorrer mediante autocomposição ou resolução do mérito, sendo mantida ou não a tutela cautelar.

7) Ressaltamos que o pedido cautelar pode ser cumulativamente apresentado com o pedido principal. Neste caso, será uma única citação que concedendo prazo para o requerido responder a ambos

aditamento previsto no art. 308, *caput*, e §2º.

¹⁹⁴ Cf. *Tutela de Urgência...*, 2018, p. 265-267.

¹⁹⁵ EMENTA: Agravo de instrumento – tutela antecipada requerida em caráter antecedente – sustação de protestos - art. 303 do Código de Processo Civil – tutela cautelar efetivada – pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 dias - natureza jurídica do prazo do art. 308 do Código de Processo Civil - material – prazo que deve ser contado em dias corridos e não em dias úteis - decisão mantida – agravo improvido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2150988-43.2016.8.26.0000; Relator (a): Coutinho de Arruda; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Matão - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/11/2016; Data de Registro: 03/11/2016). Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9948176&cdForo=0>. Acesso em: 08 jul. 2019.

os pedidos. Depois, será designada audiência de conciliação; se for o caso, instrução simultânea e consequente julgamento.

8) No caso do item 7, a tutela cautelar também poderá ser concedida antes ou depois da citação.

Extraímos assim que no ordenamento jurídico processual brasileiro de 1973, a instrumentalidade era a que consideramos tradicional ou clássica, onde havia a formação de 2 processos e em cada um deles, constava a medida cautelar, para depois, ser apresentado o pedido principal.

De forma diferenciada, passou a ocorrer no código de processo civil de 2015, onde encontraremos ambos os pedidos registrados e apresentados nos mesmos autos.

3.3 Portugal: configuração do princípio da instrumentalidade e a inversão do contencioso

3.3.1. Conceito e Breves Considerações

A figura da inversão do contencioso está prevista no art. 369º CPCP e consiste na possibilidade de o juiz dispensar, mediante pedido do requerente, o ônus deste propor a ação principal se os fatos apontados formarem uma convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência cautelar for adequada a permitir a regulação definitiva do litígio. O que se pretende é transformar, converter a tutela provisória em definitiva, caracterizando uma técnica que visa garantir e ampliar a celeridade e a efetividade da tutela cautelar.

Cabe esclarecer que o requerimento para ser invertido o contencioso deve ser apresentado antes da decisão que decreta a providência cautelar. Procedendo-se da seguinte forma: se não houver a audiência prévia do requerido, duas audiências serão designadas, uma para produção de provas do requerente e outra para produção de provas do requerido. Desta última, a inversão do contencioso deverá ser requerida até o final da primeira audiência, já que o decretamento da providência tem que ser feito entre as duas audiências.

Antes de aprofundarmos a questão, temos que recordar que as medidas cautelares, tradicionalmente, são caracterizadas pela dependência de uma posterior propositura da ação principal e se isso não ocorrer tornará ineficaz a tutela cautelar deferida. Importante, mencionarmos que antes mesmo

das alterações trazidas pela legislação processual civil de 2013, era esta forma que vigorava no sistema processual português quanto às providências cautelares.

O mencionado art. 369º informa sobre a desnecessidade do procedimento posterior contendo o pedido principal, portanto que presentes determinados requisitos em conjunto com uma forte convicção acerca da existência do direito acautelado. Estaria, pois, a instrumentalidade descartada ou descaracterizada como essencial a providência cautelar? A ausência da instrumentalidade comprometeria a essência do instituto da providência cautelar?

Ressaltamos que a inversão do contencioso, mesmo só devidamente catalogada na legislação processual civil portuguesa, em 2013, já constava no art. 121º do CPTA (2002) e no art. 16º do revogado RPCE (2006).

Não cremos ter havido um desaparecimento da instrumentalidade. O que passou a vigorar com o CPCP/2013, em algumas hipóteses e de acordo com a análise judicial, é a dispensa da apresentação do pedido principal, por estar presente uma certeza que permita ao juiz constatar a utilização da inversão do contencioso favorável ao requerente.¹⁹⁶

De posição diversa, justifica Ana Margarida Cabral [*et. al*], que o procedimento cautelar deixou de ser “necessariamente instrumental e provisório”, em razão da possibilidade de formação de uma convicção por parte do magistrado de que o direito perseguido está apto a ser garantido de forma definitiva. Portanto, se a apresentação dos fatos e pressupostos são suficientes para justificar a existência de um direito, não haveria razão de não ocorrer resolução definitiva do litígio.¹⁹⁷¹⁹⁸

¹⁹⁶ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo nº 903/17.3T8VNG.P1, Relatora Fátima Andrade, Publicado em 07/01/2019: I – Celebrado contrato de ALD é facultado à locatária o recurso ao procedimento cautelar comum com vista a acautelar o seu direito de direito de propriedade sobre o veículo locado. II – o *periculum in mora* encontrará o seu fundamento, no caso, no risco que a demora na decisão a proferir na ação condenatória a intentar importa ara a requerente do ponto de vista da concretização do seus direito em fruir e gozar da viatura enquanto a mesma tiver vida útil. III - Fruição e gozo a que tem direito enquanto proprietária desde a resolução contratual e que a não entrega tempestiva está a impedir. IV - Na medida em que a peticionada e ordenada restituição em sede cautelar é adequada à composição definitiva do litígio – no que concerne precisamente à salvaguarda do direito de propriedade da requerente por via da restituição do bem – justifica-se a inversão do contencioso. Importante destacarmos uma parte do julgado: (...) O direito que a requerente visou acautelar por esta via foi o direito de propriedade sobre o veículo locado, com as inerentes utilidades ao mesmo. Veículo que findo o contrato, à sua disponibilidade deveria de imediato regressar, nos termos contratuais. Da factualidade apurada resulta demonstrada a qualidade de proprietária da requerente, bem como o direito à restituição da viatura para que à mesma possa dar o destino que entender, atenta a regular resolução contratual. O mesmo é dizer que o direito que a requerente pretende salvaguardar está com a necessária segurança demonstrado nos autos. Por outro lado, a peticionada e ordenada restituição em sede cautelar é adequada à composição definitiva do litígio – no que concerne precisamente à salvaguarda do direito de propriedade da requerente por via da restituição do bem. Inexistem razões portanto para que se imponha à requerente a obrigação de instaurar a ação principal a fim de conceder definitividade ao nesta sede determinado. Tanto é quanto baste para que seja deferida a inversão do contencioso, consequentemente ficando a requerente dispensada do ónus de propor a ação principal. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/13e410938f5477ad802583b60035a163?OpenDocument&Highlight=0,invers%C3%A3o,c%20contencioso>. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹⁹⁷ Cf. *Inversão do contencioso*. In Caderno III - O Novo Processo Civil - Trabalhos elaborados pelos Auditores de Justiça do 30.º Curso de Formação de Magistrados do Centro de Estudos Judiciários. Centro de Estudos Judiciários, 2013, pp. 7 a 20. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_III_Novo%20Processo_Civil.pdf. Acesso em: 15 out. 2019

¹⁹⁸ *Idem, Ibdem*. A autora confirma que “Eliminação do requisito da instrumentalidade do procedimento cautelar, subsistindo apenas a característica da provisoriedade através da previsão da faculdade de, a todo o tempo, requerido ou requerente, propor acção principal em que se discutissem o direito acautelado ou os efeitos antecipatórios da providência decretada – até este momento, a decisão cautelar manter-se-ia provisória, sem formar caso julgado, sendo a estabilidade dos seus efeitos afastada apenas pela decisão revogatória proferida em sede de acção principal”.

Neste sentido, as palavras de Miguel Teixeira de Sousa justificam que “(...) em vez de ser o requerente da providência cautelar a ter o ônus de propor uma ação principal destinada a confirmar ou a consolidar a tutela cautelar, cabe ao requerido instaurar uma ação de impugnação com a finalidade de obstar à consolidação da tutela provisória”.¹⁹⁹

Além da concepção acima destacada, também podemos compreender que a inversão do contencioso, ao ser requerida pelo autor, pode ter lugar tanto em procedimentos cautelares onde há ou não o contraditório prévio. Apesar de estar resguardado o princípio do contraditório, esse apenas se concretiza, após o juiz ter decretado a inversão, que de alguma forma expõe o requerido a uma certa fragilidade diante de uma situação surpresa com a qualidade de definitividade.

Elizabeth Fernandez defende a utilização da inversão do contraditório em duas situações: a) quando um determinado direito tem em sua essência algo incontestável por estar acobertado por um grau de fiabilidade que não pode ser discutido; b) quando haja necessidade de diferimento ou ausência do contraditório.²⁰⁰

Segue a doutrinadora ponderando que “a inversão não implica em si a supressão ou a eliminação do contencioso, sendo utilizada antes em situação de extrema urgência ou de necessidade de regulação de interesses muito relevantes ou ainda como modo de garantir a eficácia de uma outra decisão judicial”.²⁰¹ É utilizada a denominação *prevenção do contencioso*.

Esclarece que o contencioso que o requerido exercerá não servirá para garantir que a decisão cautelar seja eficaz mas sim para que ela não alcance o *status* de definitiva. Mais uma vez, frisamos que não se pretende ferir o princípio do contraditório mas devemos entender que como o tribunal já decidiu e compreendeu a necessidade da inversão do contencioso haja vista a existência do direito, só resta ao requerido recorrer ou, através de uma ação autônoma solicitar sua revisão.²⁰²²⁰³

¹⁹⁹ Cf. *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*. [...] As providências cautelares que, atendendo ao seu objeto, admitem a inversão do contencioso não deixam de ser instrumentais perante a tutela definitiva; o que se verifica é que essas providências se consolidam como tutela definitiva pela inação do requerido, deixando de ser um instrumento de uma posterior tutela definitiva e passando a ser a própria tutela definitiva. Disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/pcn_ma_25215.pdf Acesso em: 30 jan. 2019.

²⁰⁰ Cf. *Um Novo Código de Processo Civil? – Em busca das diferenças*, 2014, p. 119.

²⁰¹ *Idem*. p. 120.

²⁰² *Idem*. p. 122.

²⁰³ Neste sentido é a exposição de GONÇALVES, Marco. *Providências Cautelares*, 2017, p. 153-154: Este modelo permite, assim, assegurar não só a efetividade da tutela jurisdicional, como também economizar os meios judiciais, impedindo que o decretamento de uma determinada providência cautelar tenha sempre de ser seguido de uma ação principal, a qual, na generalidade dos casos, é uma mera repetição do procedimento cautelar antecedente.

Lucinda Dias da Silva também sugere o diferimento do contraditório e sua relação com a inversão do contencioso, avaliando-se dois aspectos: a) O requerido, de acordo com a regra geral, ser ouvido antes de ser analisada e proferida a decisão sobre a cautelar; b) O requerido, excepcionalmente, ser ouvido após a decisão de decretação da cautelar.²⁰⁴

A autora continua esclarecendo que o diferimento do contraditório poderá ser observado na opção b) e se fundamenta na hipótese de evitar um sério risco à eficácia da providência cautelar, conforme art. 369º, n. 1, CPCP ou ainda conforme arts. 366º, n. 4 e 385º, n. 4, que retratam sobre não ser possível a realização da citação pessoal nem a citação por edital.

Importante ressaltar que a aplicação do diferimento do contraditório pode ocorrer independente da inversão ou não do contraditório. Mas só ocorrerá se houver concessão da providência cautelar.

3.3.2 Requisitos para Concessão

Oportuno adentrarmos aos requisitos para concessão, sendo que na primeira posição destacamos a necessidade de requerimento da parte fundamentada no princípio do dispositivo, afastando, por completo, que a decisão seja proferida de ofício pelo magistrado, conforme demonstrado no art. 369º, n. 1

Sendo assim, compreendemos que a concessão leva em conta a legalidade e não mera conveniência do julgador, sendo rechaçada a prática ou análise discricionária no momento da concessão da medida. Ainda mesmo que o julgador tenha formado uma convicção íntima sobre a existência do direito, não poderá atuar de ofício, nem mesmo determinar que o requerente o faça, sob pena de expor a imparcialidade.²⁰⁵

²⁰⁴ Artigo sobre Procedimentos Cautelares no Caderno I – O Novo Processo Civil: contributos da doutrina para a compreensão do Novo CPC, 2013, pp. 131-132. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20_Proposito_Civil_2edicao.pdf?fbclid=IwAR2G5SIWhp3aSbFdFniAqR1_6iDWWMPifZT_Q9zykCnlY NPURCiXSYGpZCQ. Acesso em 15 out. 2019.

²⁰⁵ Completamos as informações de nível técnico com as trazidas por SILVA, Lucinda Dias da, em seu artigo sobre Procedimentos Cautelares no Caderno I – O Novo Processo Civil: contributos da doutrina para a compreensão do Novo CPC, 2013, p. 131 : Em primeiro lugar, procede a uma inversão do contencioso, ou seja, o contencioso que, por princípio, seria transitório, passa a assumir natureza (potencialmente) definitiva. O juiz concede, assim, à providência que foi requerida, a vocação para se tornar definitiva. Converte, portanto, o contencioso. Em segundo lugar, o contencioso inverte-se, ou seja, concede-se, simultaneamente, ao requerido a possibilidade (que representa um ônus) de neutralizar esta conversão (esta concessão de definitividade). Para tanto, deverá este propor a ação principal. Se o requerido nada fizer (isto é, se, convertido o contencioso, não propuser, em inversão do contencioso, a ação principal), a providência conserva a vocação que lhe foi concedida de definitividade. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20_Proposito_Civil_2edicao.pdf?fbclid=IwAR2G5SIWhp3aSbFdFniAqR1_6iDWWMPifZT_Q9zykCnlY NPURCiXSYGpZCQ. Acesso em 15 out. 2019.

O requerente expando suas razões fáticas e jurídicas e compreendendo merecer os benefícios da inversão por conter elementos importantes que darão ensejo à concessão, será dispensado da apresentação da ação principal.

Lembramos que não é imprescindível que o pedido de inversão do contencioso seja efetuado já na exordial, pois nada impede que possa ser feito posteriormente. No entanto, o limite para ser efetuado tal requerimento é até a audiência final, conforme exposto no n. 2, do art. 369º, CPCP.

3.3.3 Decisão que Decreta a Inversão do Contencioso Conforme Convicção Segura

O juiz decidirá sobre a inversão na mesma decisão que analisou e deferiu a providência cautelar, segundo orientação do art. 369º, CPCP, além de que o juiz se investe de uma convicção segura acerca da existência do direito acautelado e, por consequência, alcançando a solução definitiva do litígio.

Sendo assim, o requerente age trazendo e produzindo provas num nível substancialmente concreto, ao contrário do estabelecido no art. 365º, n. 1, sendo dispensada a ideia de prova sumária.

O que devemos considerar como convicção segura uma vez que, via de regra, no procedimento cautelar a análise é perfunctória e a decisão tem essência provisória?

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10/03/2015 encontramos o que seria considerada convicção segura que significa que seja mais consistente do que em regra se verifica nas providências cautelares e para que isso ocorra, a prova não pode ser mero indício, baseada no *fumus boni iuris*, e sim deve alcançar o *status* de prova utilizada nas ações de procedimento comum, pois assim, poderia-se compreender que o magistrado tem condição e preparo para alcançar uma convicção contundente da existência do direito acautelado e que o leve a dispensar, o requerente, da propositura da ação principal.²⁰⁶

Também podemos observar a fundamentação do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19/05/2014, que sustenta a hipótese de inversão do contencioso afastando o carácter instrumental e provisório do procedimento cautelar, onde dispensa a propositura da ação principal e possibilita a resolução definitiva do litígio, portanto que se enquadre nas características legais.

²⁰⁶ Cf. Processo nº 560/14.9T8AMT.P1, Relator M. Pinto dos Santos: [...] o primeiro destes pressupostos não se basta com a prova meramente perfunctória do <fumus boni iuris>, exigindo sim que a mesma se situe num patamar de exigência idêntico ao que é necessário para as decisões da matéria de facto nas acções de processo comum, pois só assim é admissível que o julgador fique com a convicção segura da existência do direito acautelado e, por via disso, dispense o requerente da propositura da acção declarativa de que o procedimento cautelar seria dependente. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/91af3481fb91476980257e26004e58cd?OpenDocument> Acesso em 15 jul. 2019.

Ainda traz à tona que a inversão do contencioso busca evitar repetição ou duplicação de ações uma vez que a ação principal guarda grande identidade nos fatos e fundamentos jurídicos apontados na cautelar, podendo afetar a celeridade e efetividade do processo. Sendo assim, verificada prova robusta que caracterize a existência de um direito, não há razões do porquê não se resolver em definitivo determinada questão judicial.²⁰⁷

Porém, Marco Gonçalves aponta uma desvantagem quanto à hipótese desta firme convicção pois ao ser pedida a inversão do contencioso, associada à uma produção de prova de forma mais robusta do que aquela exigível para o decretamento da providência cautelar, poderá implicar numa morosidade afrontando, assim, a própria intenção da providência cautelar e do próprio instituto da inversão em razão da densidade da prova carreada aos autos.²⁰⁸

Sendo assim, a intenção do instituto pode sim afetar a celeridade, a economia e a eficácia do processo, princípios que encontram grande valia e proteção especial nos atuais sistemas processuais, pois comprometem a própria Jurisdição e o acesso à justiça.

3.3.4 Decisão que Decreta a Inversão do Contencioso para Composição Definitiva do Litígio

Este requisito que deve ser analisado cumulativamente aos anteriores e delibera que a decisão que decreta a providência tenha em si a capacidade de ser substituída por uma tutela de caráter satisfativo.

Rui Pinto aprofunda o tema da tutela de caráter satisfativo explicando que esta é uma “tutela de urgência dotada de identidade com o mérito da tutela plena”, que se fundamentam no perigo presumido ou concreto e as partes e seu objeto da ação cautelar são os mesmos da ação principal. Já as tutelas de urgência “desprovidas de identidade com o mérito da tutela plena” – leia-se conservatórias - que se fundamentam na existência de perigo concreto e, nem sempre, em perigo presumido, constatando-se que o que se pede na tutela cautelar é diferenciado o que constará na ação principal, apesar das partes serem a mesma, o objeto será diferente²⁰⁹.

²⁰⁷ Cf. Processo nº 2727/13.8TBPPVZ.P1, Relator Manuel Domingos Fernandes. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e2e3fd4d72ddcccb80257ce6003775a2?OpenDocument&Highlight=0,invers%C3%A3o,contencioso> Acesso em: 15 jul. 2019.

²⁰⁸ Cf. *Providências Cautelares*, 2017, p. 157.

²⁰⁹ Cf. *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar...*, 2009, p. 268.

Importante frisar que nem em todos os casos de providências cautelares há a possibilidade ou hipótese de inversão do contencioso, pois nem em todas as vezes, existe razão para antecipar a decisão definitiva, conforme exposto no art. 376º, n. 4, CPCP.

Tal dispositivo dispõe que o regime da inversão do contencioso é aplicável, com as devidas adaptações, à restituição provisória da posse, à suspensão de deliberações sociais, aos alimentos provisórios, ao embargo de obra nova, bem como às demais providências previstas em legislação avulsa cuja natureza permita realizar a composição definitiva do litígio.

Contudo, não haverá chance de aplicação da inversão do contencioso nas providências cautelares conservatórias, como o arresto e o arrolamento, pois não cabe ser dispensada a ação principal, conforme depreende-se do conteúdo do acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19/05/2014, que fundamenta que só seria possível a inversão quando a tutela cautelar puder substituir a definitiva e considerando o elenco trazido pelo art. 376º, CPCP, apenas se a providência cautelar não tiver caráter conservatório, haja vista que tutela definitiva e tutela cautelar possuem objetivos diversos.^{210 211}

3.3.5 Do Procedimento da Inversão do Contencioso

Deve ser apresentada petição inicial com os requisitos intrínsecos a qualquer peça inaugural além dos requisitos específicos das providências cautelares, além de fundamentar a necessidade quanto à inversão do contencioso conforme art. 365º, CPCP. A partir do art. 369º, CPCP está delineado o procedimento quanto ao desenvolvimento não só da tutela cautelar como da inversão do contencioso e suas implicações.

Sendo analisada a petição inicial, o processo segue para o magistrado analisá-la, para decidir que concede ou não a tutela cautelar. Podendo, caso haja concessão da tutela, considerar as seguintes hipóteses: a) concessão da tutela cautelar e da inversão do contencioso; b) concessão da tutela cautelar e a não concessão da inversão do contencioso

²¹⁰ Cf. Processo nº 2727/13.8TBPPVZ.P1, Relator Manuel Domingos Fernandes. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e2e3fd4d72ddcccb80257ce6003775a2?OpenDocument&Highlight=0,invers%C3%A3o,contencioso>. Acesso em: 15 jul. 2019.

²¹¹ TEIXEIRA, Miguel, em seu artigo *Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso* levanta uma questão interessante e controvertida quando pondera sobre "O ponto mais discutível nesta matéria é aquele que se prende com a possibilidade de requerer a inversão do contencioso numa providência cautelar que constitui um incidente da causa principal. O que se pergunta é se é admissível que, por exemplo, no procedimento de alimentos provisórios que corre como incidente da ação de alimentos definitivos se pode pedir a inversão do contencioso. Parece impor-se uma resposta negativa, dado que não tem sentido utilizar um mecanismo que conduz à possível dispensa de uma ação principal quando a mesma já se encontra pendente". Disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/pcn_ma_25215.pdf Acesso em: 30 jan. 2019.

Nos termos do artigo 366º, CPCP, o tribunal poderá ouvir o requerido em audiência a não ser que esta provoque sério risco à providência cautelar concedida; não sendo ouvido e sendo decretada a providência cautelar, será notificado da concessão.

Porém, havendo audiência do requerido, antes da análise da providência, será citado ou notificado para apresentar oposição. Terminado este prazo para impugnação, será efetuada a produção das provas requeridas pela parte ou determinadas *ex officio* pelo magistrado.

A concessão da medida só não será autorizada se o magistrado perceber que há uma incidência tão grave quanto aquela que a tutela cautelar pretende evitar. O próprio requerido poderia propor a incidência de caução na esfera do requerente que provará ser suficiente para prevenir prejuízos.

Analisando a opção pela concessão tanto da tutela cautelar quanto da inversão do contencioso, nos moldes traçados no art. 369º, orientando que “mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ônus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio”.

Após a concessão da tutela e da inversão, na mesma decisão, pode o requerido opor-se à esta “conjuntamente com a impugnação da providência decretada”. E se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão que negue o pedido”, conforme extrai-se do art. 369º, n.2, CPCP. Porém, na leitura do art. 370º, n. 1, depreende-se que da decisão que denegue a inversão não caberá recurso.

Considerando que ocorra o trânsito em julgado da decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, é o requerido notificado, com a advertência de que, querendo, deve intentar a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio.

Quanto à questão da caducidade temos que entender o preconizado no art. 369.º, n.º 3, do CPCP que estabelece que, se o direito do requerente estiver sujeito a um prazo de caducidade, sua contagem interrompe-se a partir do momento em que o requerente formula o pedido de inversão do contencioso.

Tal disposição se justifica no fato de que se for concedida a inversão do contencioso, o requerente ficará dispensado de propor a ação principal e de acordo com o art. 331.º do CCP, seria a propositura dessa ação principal que interromperia o prazo de caducidade.

Assim, para efeitos de interrupção do prazo de caducidade, a lei equipara o pedido de inversão do contencioso à propositura da ação principal. Nesse caso, se a inversão do contencioso for concedida, o prazo de caducidade quanto ao direito do requerente mantém-se interrompido, já que foi dispensado de propor a ação principal.²¹²

Em sentido oposto, observamos que se o juiz indeferir o pedido de inversão do contencioso e logo que essa decisão de indeferimento transite em julgado, o prazo de caducidade do direito que o requerente pretende fazer valer reinicia a sua contagem, já que o requerente terá de propor a ação principal.

²¹² Importante firmarmos que a caducidade se dá pela concessão da tutela, conforme hipóteses do art. 373º, que preconizam: a) Se o requerente não propuser a ação da qual a providência depende dentro de 30 dias contados da data em que lhe tiver sido notificado o trânsito em julgado da decisão que a haja ordenado; b) Se, proposta a ação, o processo estiver parado mais de 30 dias, por negligência do requerente; c) Se a ação vier a ser julgada improcedente, por decisão transitada em julgado; d) Se o réu for absolvido da instância e o requerente não propuser nova ação em tempo de aproveitar os efeitos da proposição da anterior; e) Se o direito que o requerente pretende acautelar se tiver extinguido.

CONCLUSÃO

No desenvolvimento pormenorizado de cada um dos capítulos verificamos todas as características, conceitos, pressupostos, particularidades no que diz respeito à tutela cautelar nos ordenamentos jurídicos processuais do Brasil e de Portugal.

A pesquisa tornou-se interessante não só pelo seu valor sócio jurídico mas também pela análise e estudo do instituto nos dois ordenamentos jurídicos, mais especificamente no que se trata à instrumentalidade, foco de nossa pesquisa.

Notamos que os dados mais elementares, como os conceitos, princípios, espécies não se perderam com o tempo mas, que alguns aspectos procedimentais, em ambas as legislações dos países citados trouxeram novidade no desenvolvimento do procedimento cautelar e que interfere na dogmática concernente ao tema com atenção prioritária à instrumentalidade uma vez que no Brasil e em Portugal alterações legislativas e doutrinárias trouxeram um novo viés e assim analisamos essas interferências e se houve ou não a manutenção ou afetação da instrumentalidade.

Inicialmente, ao expormos sobre a evolução histórica extraímos que a tutela oferecida pelo Estado não tinha a concepção atual de atenção aos direitos individuais e sociais, apenas ocorria atuação estatal para demonstrar a autoridade estatal, sem preocupação com os anseios dos cidadãos.

E, apenas, diante das ocorrências das revoluções e finalmente, com o surgimento das primeiras Constituições iniciou-se uma fase mais salutar e respeitosa quanto à atuação do Estado na entrega da tutela jurisdicional, vindo à tona os direitos fundamentais e sociais, mais precisamente, uma evolução quanto ao direito de acesso à justiça.

Naturalmente, foi-se apercebendo da necessidade de abrir espaço a uma atuação mais específica quando apresentadas situações onde a resposta do Estado não poderia ser dada dentro do tempo considerado normal para qualquer processo terminar, haja vista comprometimento do próprio direito que se pretendia.

Assim sendo, observa-se o aprimoramento da tutela jurisdicional com o surgimento da tutela de urgência. Entretanto, Chiovenda já admitia a ideia de preventividade, mas, restritamente, constatada na sentença num processo que possuía todas as fases consideradas normais.

Desta forma, depreende-se que havia entendimento da preventividade mas o procedimento não era eficaz pois se consideradas as regras do procedimento comum, não tinham a competência de gerar uma tutela imediata, como nas tutelas de urgência atualmente.

Frisamos que apesar de não ser o mecanismo mais conveniente, Chiovenda já demonstrava considerar a ideia de preventividade. Para Calamandrei existia a possibilidade da preventividade mas entendia isso ser uma característica do processo, do procedimento e não da tutela. Já Carnelutti considerou o processo cautelar um procedimento, como Calamandrei, porém com características próprias e desatado dos processos de conhecimento e execução.

A partir destas concepções doutrinárias, observou-se uma necessidade de aprimoramento na entrega das tutelas, levando em conta a satisfação e consequente estabilização das relações sociais.

Diante disso podemos expressar que ordenamento que não assegura a aplicação da lei e, consequentemente, não entrega eficazmente a tutela quando provocado, não poderia ser considerado como jurídico. E neste sentido, devemos entender que nosso ordenamento jurídico processual deve garantir a atuação das leis de caráter material, oferecendo mecanismos próprios e convenientes, para uma resposta única dependendo da situação concreta levada ao seu crivo.

Analisando, historicamente, quanto ao surgimento das tutelas provisórias, os ordenamentos jurídicos brasileiro e português: no Brasil, apenas a partir do CPCB/1939 houve citação e detalhamento dos chamados “Processos Acessórios” que guardavam a natureza preventiva, e em Portugal, através das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas já previam a existência de providências cautelares, quando surgiram novas reformas em 1876, 1939, 1961, 1967, 1995/1996, 2003 e, finalmente, 2013.

Independentemente destes momentos históricos em cada um dos dois ordenamentos, importante frisar que tutela cautelar era considerada uma proteção ao processo e não ao direito pretendido, ainda que configurada sua característica da provisoriedade. Mas, não podemos compactuar com tal menção, haja vista que, na atual concepção, depreende-se que a tutela provisória tem relação e pretende proteger um determinado direito material e não proteger o processo.

Ao adentrarmos nas espécies de tutelas existentes no Brasil e em Portugal, pudemos perceber algumas diferentes nuances.

No Brasil, de acordo com CPCB/2015, existem 3 espécies de tutelas provisórias: cautelar, antecipada e de evidência, porém, de urgência classificamos apenas a cautelar e a antecipada. O procedimento para apresentação destas últimas é similar, apenas com prazos diferenciados e, logicamente,

com suas respectivas finalidades e características próprias para sua concessão. Algumas das cautelares nominadas foram excluídas, sendo mantidas apenas o arresto, o sequestro, o arrolamento de bens e, foi inserido, o registro de protesto contra alienação de bem. Assim como desapareceu o livro das ações cautelares.

Em Portugal, existe a espécie cautelar que se subdivide em conservatória e antecipatória. Quanto às conservatórias, encontramos nominadas da seguinte forma: de suspensão de deliberações sociais, de arresto, de embargo de obra nova e de arrolamento. E às de caráter antecipatório, nominadas como: de restituição provisória de posse, de alimentos provisórios e do arbitramento de reparação provisória. Ademais, existe igualmente a tutela cautelar comum ou inominada, a qual também poderá ser conservatória ou antecipatória.

Em ambos os ordenamentos, mais especificamente à tutela cautelar, encontramos semelhanças quanto à apresentação, pelo requerente ou interessado, de forma antecedente ou incidental. E, para sua concessão, deverão preencher os dois mais importantes requisitos, sendo eles: *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Poderíamos considerar estes dois requisitos os mais evidentes, mas não devemos olvidar dos princípios inerentes à tutela cautelar, quais sejam: a provisoriedade, a revogabilidade, a fungibilidade, a cognição sumária, a cautelaridade e a referibilidade.

Ao apresentarmos o derradeiro capítulo onde desenvolveu-se o cerne da pesquisa, qual seja, a instrumentalidade, foram analisadas como as alterações ocorridas em ambos os ordenamentos jurídicos afetaram tal característica.

No Brasil com a unificação do procedimento cautelar houve diferenciação quanto à legislação anterior de 1973. Inclusive, o tema tutela provisória foi um dos mais afetados com a última atualização legislativa, mais especificamente o ano 2015., passando a vigorar apenas em 2016. Em Portugal, surgiu, de acordo com a nova roupagem do código de processo civil de 2013, a figura da inversão do contencioso.

Ambos os ordenamentos, com seus respectivos procedimentos, pretendem excluir a duplicação de processos, seja pela visão do ordenamento brasileiro com a unificação das duas tutelas num único processo, priorizando a economia processual; seja pela visão do ordenamento português, que de acordo com a inversão do contencioso, dispensa o requerente da apresentação do pedido principal ou definitivo, recaindo o ônus sobre o requerido.

Retornando a análise pelo prisma brasileiro, concluímos observando que o pedido cautelar e o pedido principal poderão ser apresentados nos mesmos autos, sem que haja interferências na essência de cada um deles. Ambos poderão ser, conjuntamente, apresentados na petição inicial ou, ainda, na petição

inicial apenas constar a tutela cautelar e após esta ser concedida, o requerente teria 30 dias para emendar a exordial com a apresentação do pedido principal.

Não haverá, portanto, mais a necessidade de apresentação e formação de outro processo contendo o pedido principal, apenas e especificamente o que faz referência a tutela cautelar. Se não há novo processo, não haverá incidência de custas processuais. A economia e a celeridade processuais reafirmam sua importância não só quanto aos benefícios trazidos para a Jurisdição mas também para os cidadãos.

No entanto, levantamos uma questão que poderia prestar como crítica quanto à unificação. O gênero tutela provisória possui como espécies a cautelar e a antecipada. Ambas possuem basicamente os mesmos pressupostos para concessão, quais sejam: probabilidade do direito invocado e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Indaga-se se são as mesmas características, por que haveria de se manter as duas espécies.

Talvez a intenção tenha sido resguardar as diferenças quanto ao tipo de direito material que se quer assegurar ou antecipar e, ainda, quanto ao procedimento, onde encontraremos semelhanças quanto a cumular tutela antecipada ou cautelar com seus respectivos pedidos principais, porém, os procedimentos terão encaminhamentos diferentes. Guardando a tutela antecipada a possibilidade de ganhar *status* de definitividade ao contrário da cautelar.

Já quanto à inversão do contencioso, específica do ordenamento jurídico português, extraímos que a decisão que a analisa é dúplice uma vez que também estará inserta a concessão e justificativa da tutela cautelar. Até porque a inversão do contencioso só se justifica com a autorização da cautelar por parte do magistrado mas a pedido do requerente.

Encontramos posicionamentos doutrinários que defendem ter havido a supressão da instrumentalidade haja vista poder ocorrer a dispensa da apresentação do pedido principal, sendo assim não haveria a formação do processo contendo o pedido principal.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, não está afastada a instrumentalidade, haja vista ainda haver a necessidade da apresentação do pedido principal para garantir a efetividade da tutela cautelar concedida.

Entretanto, em ambos os ordenamentos, perante as modificações vigentes, entendemos uma priorização aos princípios da celeridade e da economia processual, além de constatarmos que diante do contexto do que é um Estado Democrático de Direito, naturalmente mantidos os direitos e garantias fundamentais, pretendendo revigorar a efetividade jurisdicional e procedimental, respeito efetivo da razoável

duração do processo, para que, amplamente possa ser atingido o objetivo para uma entrega da tutela jurisdicional de forma justa, eficaz e coerente com tais princípios.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, ISBN 978-85-7420-959-3.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, ISBN 978-85-0221-781-2.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro. Brasília:Senado Federal.

CABRAL, Ana Margarida [et al.] – “Inversão do contencioso”. In: *Caderno III - O Novo Processo Civil - Trabalhos elaborados pelos Auditores de Justiça do 30.º Curso de Formação de Magistrados do Centro de Estudos Judiciários*. Centro de Estudos Judiciários, 2013, pp. 7 a 20. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_III_Novo%20Processo_Civil.pdf. Acesso em 15 out. 2019

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2018, ISBN 978-85-97-01436-5.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas Preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 3. ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014, ISBN 978-85-224-8680-9.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, ISBN 978-85-392-0382-6, volume 1.

DOTTI, Rogéria Fagundes (coord.). *Código de Processo Civil Anotado*. 2017, ISBN 978-85-86893-00-1. Disponível em: http://www2.oabpr.org.br/downloads/revista_cpc_annotado_2017.pdf. Acesso em: 12 abr. 2019.

FARIA, Rita Lynce de. *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, ISBN 972-54-0063-1.

FARIA, Rita Lynce de. *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: um difícil equilíbrio entre a urgência e a irreversibilidade*. 2016. Disponível em: http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documentos/UCEditora/Indices/2016/Tutela%20Cautelar_II.pdf. Acesso em: 25 mar. 2019.

FERNANDEZ, Elizabeth. *Um Novo Código de Processo Civil – Em busca das diferenças*. Vida Econômica: Porto, 2014, ISBN 978-972-788-908-2.

FONSECA, Isabel Celeste M. *Processo Temporalmente Justo e Urgência: contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1690-5.

FREITAS, José Lebre, MACHADO, A. Montalvão, PINTO, Rui. *CPC Anotado: artigos 381º a 675º*. 2. ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2008, ISBN 978-972-32-1616-5, volume 2.

GIUSTINA, Karina Della, *As Medidas Cominatórias na Ação Cautelar de Exibição* (monografia), 2009, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Biguaçu/Santa Catarina. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Karina%20Della%20Giustina.pdf>. Acesso em: 07.ago.2018.

GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho. *Providências Cautelares*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2017, ISBN 978-972-40-6980-7.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, ISBN 978-85-472-1163-9.

LIMA, Joaquim Pires de. *Considerações Acerca do Direito à Justiça em Prazo Razoável*. In: *Revista da Ordem dos Advogado*, ano 1990, ano 50, volume III, dezembro/1990, p. 672-673, Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-1990/ano-50-vol-iii-dez-1990/doutrina/joaquim-pires-de-lima-consideracoes-acerca-do-direito-de-justica-em-prazo-razoavel/>. Acesso em: 04 set. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Da tutela cautelar à tutela antecipatória*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/DA-TUTELA-CAUTELAR-%C3%80-TUTELA-ANTECIPAT%C3%93RIA.doc>. Acesso em: 15 ago. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. São Paulo: Editora RT, 2015, ISBN 978-85-203-5956-3, volume 1.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. 6. ed., São Paulo: Editora RT, 2014, ISBN 978-85-203-5127-7, volume 4.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de Urgência e Tutela de Evidência*. 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, ISBN 978-85-549-4794-1.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno* [livro eletrônico]. 3. ed., São Paulo: Editora dos Tribunais, 2017, ISBN 978-85-203-7152-7.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, ISBN 978-85-7420-994-4.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2ª edição., Coimbra: Almedina, 2017, ISBN 978-972-40-7217-3.

PINTO, Luciana Vieira Santos Moreira. *A compreensão da tutela antecipada sob o prisma de sua eficacalidade*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/compreens%C3%A3o-da-tutela-antecipada-sob-o-prisma-de-sua-eficacalidade>. Acesso em: 11 fev. 2019.

PINTO, Rui. *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar: A Obrigação Genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1693-6.

REIS, José Alberto dos. *A Figura do Processo Cautelar*. 1. ed., Porto Alegre: Coleção AJURIS/19, 1985.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: Do CPC 1973 ao CPC 2015*. 3ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, ISBN 978-85-532-1097-8. (coordenação Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini)

SANCHES, Sydney. *Poder Geral Cautelar do Juiz*. In: *Senado*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181539>. Acesso em: 01 fev. 2019.

SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada Requerida em Caráter Antecedente*. PUC-SP, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19537/2/Nat%C3%A1lia%20Can%C3%A7ado%20Scarpelli.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de Urgência: De Piero Calamandrei a Ovídio Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, ISBN 978-85-7699-221-9.

SILVA, Lucinda D. Dias da. *Processo Cautelar Comum: princípio do contraditório e dispensa de audiência prévia do requerido*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1719-3.

SILVA, Lucinda D. Dias da – “As alterações no regime dos procedimentos cautelares, em especial a inversão do contencioso”. In: *Caderno I - O novo Processo Civil*. Contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil. 2.ª edição. Centro de 310 Estudos Judiciários, 2013, pp. 125 a 141. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil_2edicao.pdf?fbclid=IwAR2G5SIWhp3aSbFdfniAqR1_6iDWWMPifZT_Q9zykCnIYNPURCiXSYGpZCQ. Acesso em 15 out. 2019.

SILVA, Ovídio Baptista da. *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, ISBN 347.922-6.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Fundamental à Tutela Cautelar*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, ISBN 978-85-62027-14-7.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *As providências cautelares e a inversão do contencioso*. Disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/pcn_ma_25215.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Medidas Cautelares – no código de processo civil de 1973*. Editora Saraiva, 1974. Disponível em <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/especial/obras-para-download>. Acesso em 22 ago.2019.

TEIXEIRA, Margarida Saraiva Sepúlveda. *A Inversão do Contencioso e o Caso Julgado*. Disponível em <https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/A-Inversao-do-Contencioso-e-o-Caso-Julgado/6498/>. Acesso em 22 out. 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 59. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, ISBN 978-85-309-7770-2, volume 1.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 25ª edição., São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2010, ISBN 978-85-7456-256-8.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et.al]. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 1. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, ISBN 978-85-203-6072-9.

INTERNET/SITES

BRASIL. Senado Federal. *Exposição de Motivos do Projeto que instituiu o CPCB/1973*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>. Acesso em: 30 jan. 2019.

PORTUGAL. *Os princípios orientadores da reforma do processo civil de 2013*. Disponível em: <https://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/reforma-judiciaria/exposicao-de-motivos-cpc>. Acesso em 30 jan. 2019.

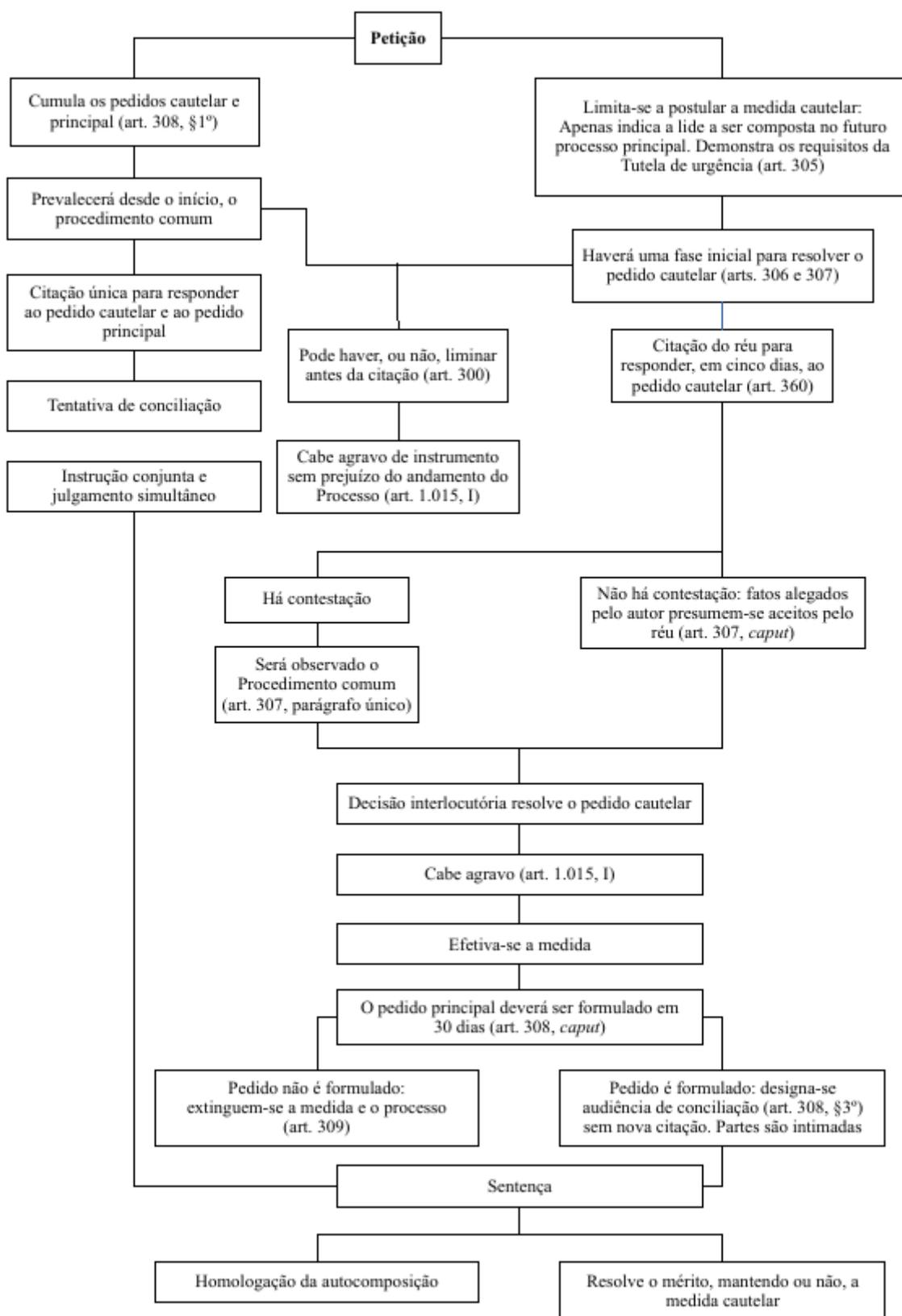
PORTUGAL. Decreto-Lei n° 47.344/66, de 25 de novembro. *Código Civil Português*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em jan. 2019.

PORTUGAL. Lei n° 41/2013, de 26 de junho. *Código de Processo Civil Português*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis. Acesso em jan. 2019.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em jan. 2019.

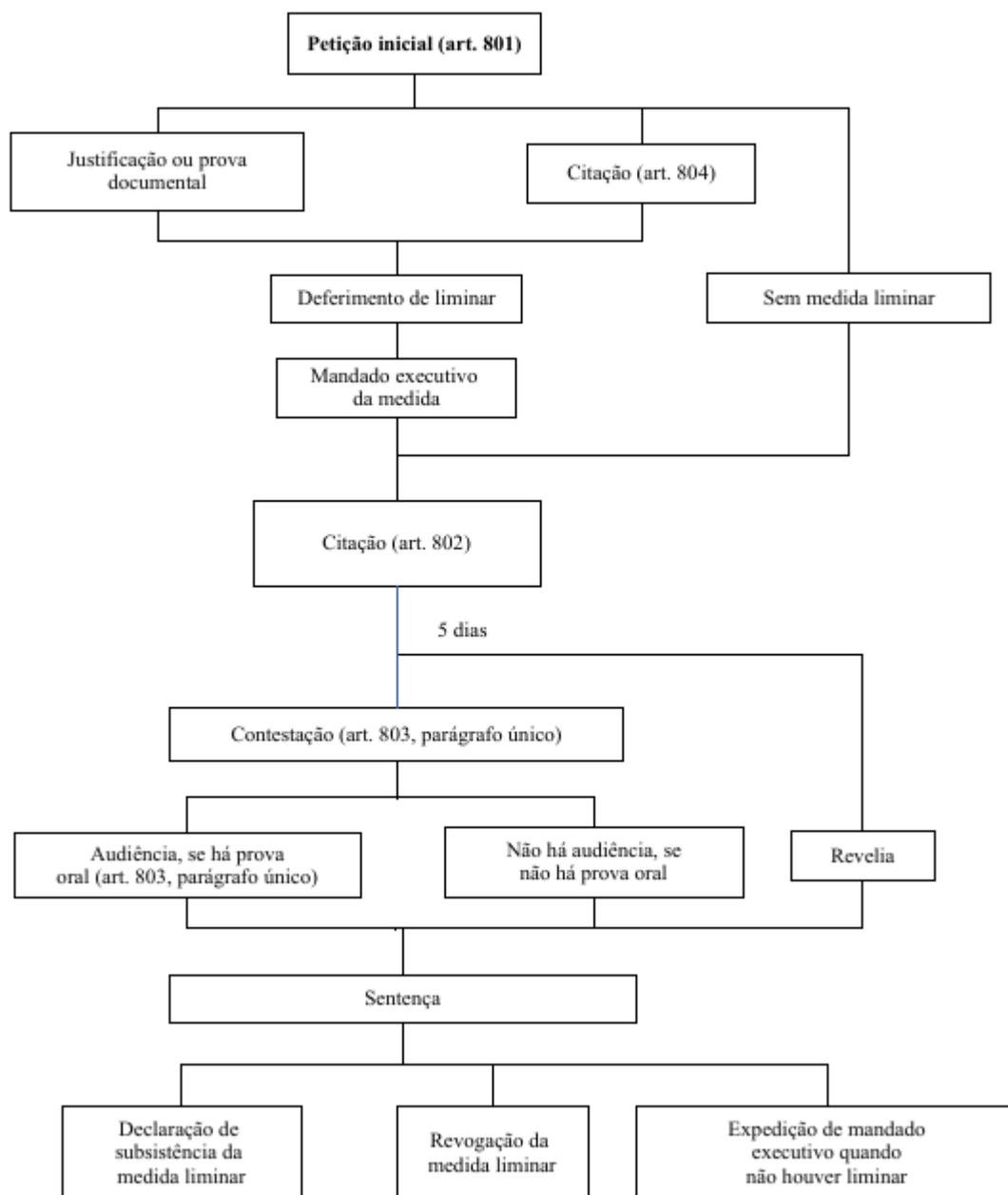
ANEXOS

TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE
(arts. 305 a 310)



exo I - Fluxograma extraído da obra do autor THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 59. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, ISBN 978-85-309-7770-2, volume 1, p. 684, demonstrando as fases do atual procedimento quanto à tutela cautelar de acordo com o CPC/2015

Procedimento Cautelar Comum
(arts. 802 e 803)



Anexo II - Fluxograma extraído da obra do autor THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, 25ª edição., São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2010, ISBN 978-85-7456-256-8, p. 150, demonstrando o procedimento cautelar no ordenamento jurídico brasileiro quando da vigência do CPCB/1973