

XII. PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO DO LIVRO III DO CPC: ALGUMAS REFLEXÕES

Laura Oliveira Vidon

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais. 2. A Tutela Cautelar. 2.1. A Tutela Cautelar no Direito Comparado. 2.2. Notas essenciais da cautelaridade. 2.3. A tutela cautelar no CPC de 1939. 2.4. A tutela cautelar no CPC de 1973. 3. O esboço do Anteprojeto do CPC – Livro III. 3.1. Análise do Esboço de Anteprojeto do CPC – Livro III. 3.1.1. Pontos Positivos do Esboço. 3.1.2. Pontos a serem modificados no Esboço. 3.1.2.1. Exclusão dos procedimentos não cautelares do Livro III. 3.1.2.2. Sistematização efetiva das medidas de urgência. 3.1.2.3. Tratamento Inadequado à Instrumentalidade Mitigada. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em outubro de 2006, foi publicado na Revista de Processo, em sua edição de número 140, artigo do ilustre Ministro aposentado Athos Gusmão Carneiro¹, no qual o eminente processualista apresenta um esboço de Anteprojeto do Código de Processo Civil acerca do Livro III (Do processo cautelar), depois de expor considerações sobre as razões que motivaram a proposta legislativa.

Segundo a proposta apresentada, a denominação do Livro III passaria a ser “Da Tutela de Urgência”, tendo seu Título I a epígrafe “Das Medidas Cautelares e Antecipatórias”, e seu Título II, a nomenclatura “Dos Processos de Urgência”.

O presente trabalho tem por objetivo examinar o esboço legislativo em comento, a fim de verificar se o tratamento normativo proposto atende à premente necessidade de ordenamento processual brasileiro dispor, de maneira sistemática e uniforme, sobre a tutela de urgência.

Conforme mencionado em nosso outro trabalho², as tutelas cautelar e antecipatória devem ser compreendidas como integrantes de um gênero comum de tutela jurisdicional, o da tutela sumária cautelar de urgência, informada pelos aspectos caracterizadores da cautelaridade, quais sejam: a provisoriedade e a instrumentalidade, tal como preconizado por

¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas Antecipatórias e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa, *In: Revista de Processo*, Rio de Janeiro, n. 140, p. 72-85, out. 2006.

² “Tutelas Sumárias de Urgência: Cautelares Conservativa e Antecipatórias”, apresentado para conclusão da disciplina “Novas Tendências do Direito Processual”, em agosto de 2007, ministrada pelo Professor Leonardo Greco.

José Roberto dos Santos Bedaque³, apoiado, sobretudo, nas lições de Calamandrei e de Proto Pisani.

Consideradas indispensáveis à configuração de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, às tutelas antecipatória e cautelar deve ser dedicado um tratamento legislativo que as reconheça estrutural e funcionalmente semelhantes, e que repunte de somenos importância as diferenças conceituais existentes entre as medidas.

Mais do que mudanças pontuais na legislação processual, já era hora de os operadores do direito se debruçarem sobre a necessidade de um regime jurídico único para as tutelas sumárias cautelares de urgência.

Conforme ressaltado por Leonardo Greco⁴, a dinamicidade da vida atual faz com que se firme uma nova tendência, no sentido de os jurisdicionados preferirem uma rápida solução do litígio, fundada em cognição incompleta, do que a busca pela certeza. Embora se refira à tutela antecipada, o atento comentário do ilustre processualista pode ser estendido à categoria das tutelas sumárias cautelares de urgência, como se vê adiante:

“Talvez sem muita convicção dos que a idealizaram, a tutela antecipada passa a sofrer os efeitos e a constituir o instrumento de uma profunda mudança de paradigma na concepção da função que a administração da justiça deve desempenhar na solução dos conflitos entre os indivíduos. Aproximando-se dos países da *common law*, também o processo dos países da *civil law* passa a dar grande relevo à função pacificadora da administração da justiça, exercida através de decisões provisórias, em muitos casos muito mais importante do que a tardia revelação da certeza do direito das partes agasalhado pelo ordenamento jurídico. Mais proveitosa do que a busca dessa certeza é a rápida solução do litígio através de uma cognição menos segura, todavia mais expedita. A celeridade ganha expressamente foros de direito fundamental e induz o direito processual a criar procedimentos de cognição sumária, aptos a tutelar todas as espécies de situações jurídicas através de suficientes juízos de probabilidade, para que a busca da nem sempre alcançável certeza, através de um procedimento de cognição exaustiva que dificilmente conduzirá a um juízo diverso, não submeta a parte que tem razão a um injusto retardamento no acesso à tutela do seu direito”.

Ante essa nova tendência, acreditamos que a reunião das providências cautelar e antecipatória sob um mesmo gênero contribuirá para que o ordenamento processual brasileiro seja dotado de instrumental capaz de responder, eficazmente, aos anseios fortemente manifestados pelos jurisdicionados por uma tutela que tenha plena aderência à realidade social.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.127, vide nota 52.

⁴ GRECO, Leonardo. **A função cautelar**. s. n., março de 2007, p.6.

Não temos dúvida de que esse instrumental somente será propiciado através do estabelecimento de um tratamento legislativo que efetivamente vise sistematizar as tutelas sumárias cautelares de urgência.

Antes de se analisar propriamente o esboço legislativo sugerido, faz-se necessária uma breve abordagem da tutela cautelar à luz do direito comparado, bem como do sistema vigente em 1939 e do existente a partir de 1973, além de serem descritas as notas essenciais da providência cautelar.

Por oportuno, importante assinalar que celeridade não é sinônimo de urgência, conforme ensina o insigne Leonardo Greco⁵. A busca de um processo célere significa apenas o desejo de a tutela ser concedida no menor tempo possível. Visa-se apenas a acelerar a prestação jurisdicional, não havendo fundamento numa situação objetiva de perigo.

Para que delimitemos bem o objeto de nosso estudo, vale destacar, com arrimo na valiosa lição do referido jurista,⁶ que a tutela da situação de urgência pode ter vários fundamentos, como as características específicas dos sujeitos postulantes (ex.: idosos – art. 71 do Estatuto do Idoso, entidades públicas – v.g. o art. 816 do CPC); a relevância do direito substancial em questão (ex.: procedimentos do mandado de segurança e ação de alimentos), e o perigo iminente de lesão grave ou de difícil reparação, que justifica a tutela cautelar.

Assim, ao nos referirmos, no presente artigo, à tutela de urgência, fazemos menção estrita à proteção jurisdicional de natureza cautelar (provisória e instrumental) que visa conjurar o *periculum in mora*.

Desse modo, compreendemos a tutela de urgência, de raízes constitucionais fincadas no artigo 5º, XXXV⁷, enquanto proteção jurisdicional que evita que o decurso do tempo venha a prejudicar a solução definitiva do litígio, mediante a conservação de coisas ou pessoas, bem como pela antecipação provisória dos efeitos da tutela definitiva⁸. Assim, referir-se-á à tutela cautelar como cautelar conservativa e, à tutela antecipada, como cautelar antecipatória. Para nós, a tutela antecipatória fundada no *periculum in mora* (art. 273, I, CPC) é de natureza cautelar, vez que cumpre requisitos ontologicamente cautelares (instrumentalidade e provisoriedade).

No entanto, ainda que se rejeite a natureza cautelar da antecipação dos efeitos práticos da tutela final, não se pode negar que há grande afinidade entre as referidas medidas, sendo fortemente positivo que haja uma unificação na disciplina normativa que disponha sobre as mesmas.

Não é outro o entendimento de Leonardo Greco, ao pontuar que, ao tutelar as situações de perigo, “a tutela cautelar e a tutela antecipada tendem a unificar-se sistematicamente, beneficiando-se uma e outra dos princípios e regras que à primeira vista poderiam parecer afetar apenas a uma delas”⁹.

É tendo em mente tais considerações que serão feitas algumas reflexões sobre o esboço de Anteprojeto elaborado pelo incansável Athos Gusmão Carneiro.

⁵ GRECO, Leonardo, **A função da tutela cautelar**, s.n., 2007. p.1-2.

⁶ GRECO, Leonardo, **A função da tutela cautelar**, s.n., 2007.p.2

⁷ Dita o citado inciso que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁸ Nesse sentido, RUANOBA, Sebastian Watenberg. Fungibilidade das tutelas de urgência antecipatória e cautelar no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 148, p. 325, jun. 2007.

⁹ GRECO, Leonardo. **A função da tutela cautelar**. s. n., 2007. p. 4

2 A TUTELA CAUTELAR

2.1 A TUTELA CAUTELAR NO DIREITO COMPARADO

Como antecedentes da tutela cautelar, a doutrina¹⁰ indica os interditos romanos, expedidos pelos pretores, que, em geral, determinavam ordens de proibição.

Nesse ponto, importante destacar que se deve à doutrina processual italiana o pioneirismo no desenvolvimento científico da tutela cautelar. Foi no início do século XX, mediante as valiosas lições de Chiovenda - o primeiro a atribuir autonomia à função cautelar, que as luzes foram voltadas para a providência cautelar. Piero Calamandrei, em sua magistral obra denominada *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, de 1936, foi um dos principais artífices da sistematização das medidas cautelares, conforme ensina Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho¹¹. Anos antes, em 1926, Carnelutti elaborou o que ficou conhecido como “Projeto Carnelutti” que, à semelhança do sistema austríaco, deixava ao juiz a escolha da via cautelar adequada.¹²

Visualizam-se no direito alienígena moderno, em matéria de tutela cautelar, dois grandes grupos: o primeiro, identificado pelo direito inglês e alemão, que se limitam a consagrar o poder cautelar genérico, sem referências a tutelas específicas, que se compreendem naquele; e o segundo, em que há a previsão de um poder cautelar genérico e medidas específicas, a exemplo do ordenamento italiano e português, tal como o nosso regime atual. Na França, embora haja meios específicos de cautelares, há dois institutos (*ordonnance de refere* e *ordonnance sur requête*) de grande relevância prática, pelos quais se veicula o poder cautelar geral.¹³

Numa breve análise de como o direito comparado tutela a situação de urgência, chega-se à conclusão de que tal proteção é garantida, em regra, por um único dispositivo, mediante o qual é possível postular medidas de caráter conservativo e provisoriamente satisfativo. É o que se vê na Espanha, com o art. 1428 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, em

¹⁰ RUANOBA, Sebastian Watenberg. Fungibilidade das tutelas de urgência antecipatória e cautelar no processo civil brasileiro. *In: Revista de Processo*, n. 148, ano 32, . p. 327, jun.de 2007. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33. Galeno Lacerda (LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p 82) aponta como fontes remotas do poder cautelar geral, além dos interditos romanos, as *inhibitiones* germânicas e a *injunction* preliminar inglesa.

¹¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública, *in Acesso à Justiça, Efetividade do Processo*, Geraldo Luiz Mascarenhas Prado (coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 233. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33.

¹² Galeno Lacerda (**Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 2, afirma que se deve à Carnelutti, em obra datada de 1958, e a Liebman, em trabalho de 1954, a tomada de posição mais autorizada sobre a matéria, reforçando a idéia de que a tutela cautelar consistiria em um *tertium genus*.

¹³ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 83.

Portugal, mediante o art. 381, 1º (em vigor desde 1997), na Itália¹⁴, com base no art. 700 do *Codice di Procedura Civile*, e na Alemanha, ante o disposto no §940 da ZPO. Ademais, o Código de Processo Civil Modelo para Iberoamérica, de 1988, disciplina o poder geral de cautela no artigo 280, por meio do qual é possível a concessão de medidas antecipatórias.¹⁵

Assim, diferentemente do que ocorre entre nós, a doutrina estrangeira não se preocupa em precisar eventuais diferenças existentes entre as medidas cautelares e antecipatórias.¹⁶

2.2 NOTAS ESSENCIAIS DA CAUTELARIDADE

Antes de ser analisada a proposta de alteração legislativa, é preciso ter a exata compreensão do fenômeno cautelar, para que se possa entendê-lo de forma ampla, de modo a conferir a utilidade desejada a todo instituto da ciência processual.

Ao falar-se em notas essenciais da tutela cautelar, quer-se referir àqueles aspectos que revelam a identidade dessa tutela, isto é, às características que conformam, configuram a tutela jurisdicional como cautelar. Pode-se dizer, pois, que revelam seus traços distintivos.

Entendendo-se o fenômeno cautelar de forma ampla, tal como sustentado por Calamandrei e proclamado por José Roberto dos Santos Bedaque¹⁷, aqui tantas vezes referido, a cautelaridade é encontrada em todo provimento provisório e instrumental, isto é, que não tem aptidão para resolver, em definitivo, o litígio, estando sempre a serviço de uma tutela jurisdicional definitiva, cuja efetividade visa resguardar.

Ainda que possam ser identificados conteúdos executivo e cognitivo na tutela cautelar¹⁸, esse provimento é caracterizado por ser provisório (ou interino, no sentido de jamais possuir caráter definitivo, não constituindo a regra definitiva para a relação de direito material subjacente ao processo), e por sua estrutura legal revelar a existência de um liame com o provimento final (instrumentalidade).

¹⁴ Vale comentar que a última grande reforma do processo civil italiano, realizada em 1990, trouxe modificações relevantes no sistema da tutela de cognição sumária, no qual assume importância o caráter sancionatório das medidas, tendo em conta o comportamento das partes, e a possibilidade de os pronunciamentos antecipatórios e interinos adquirirem estabilidade, mesmo após a extinção do processo sem concessão da tutela principal.

¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 43-45.

¹⁶ Nesse ponto, vale transcrever uma das observações de Bedaque (**Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 60), acerca da doutrina existente no direito inglês: “Algumas observações a respeito dessa modalidade de tutela provisória do direito inglês parecem relevantes. A primeira delas consiste no tratamento dado ao tema pela doutrina. Pouca ou nenhuma importância assume no sistema o caráter meramente conservativo ou antecipatório da medida. O que importa é a provisoriedade, elemento fundamental para distingui-la das medidas definitivas, destinadas a dar solução ao direito controvertido. E todas as medidas provisórias são tratadas indistintamente como cautelares”. O que se coloca como relevante, para a doutrina estrangeira, é o fato de o sistema processual de cada país contar com mecanismos processuais que, apesar da diversidade terminológica, preserva o direito afirmando, podendo, para tanto, até mesmo antecipar alguns de seus efeitos.

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 129, 135 e 140.

¹⁸ GRECO, Leonardo. **A função cautelar**. s. n., março de 2007, p. 6.

Acredita-se que, em que pese a existência de divergência doutrinária acerca do real atributo da tutela cautelar, se a provisoriedade ou a temporariedade¹⁹, o importante é estabelecer que a medida cautelar é inidônea para resolver de modo definitivo o caso concreto levado ao Estado-Juiz. Assim, ainda que as partes acabem se conformando com o resultado obtido no processo cautelar, não propondo a pertinente demanda principal, o provimento proferido em sede cautelar, apesar de faticamente definitivo, não o será no plano jurídico, dada a incompletude da cognição que precedeu a decisão, tornando-a incapaz de produzir coisa julgada.

Nesse passo, merece ser registrado que a eventual satisfatividade do provimento cautelar nada tem de incompatível com a provisoriedade que lhe é peculiar. Nada impede que algo seja, ao mesmo tempo, satisfativo e provisório, pois, ainda que o provimento cautelar atribua a uma das partes os efeitos práticos pretendidos com a tutela principal, essa eficácia será provisória, não tendo o condão de consistir no acerto definitivo da situação de direito material examinada no processo. O que não se pode admitir é que essa satisfatividade tenha caráter definitivo, pois sua concessão pode ter sido realizada sem observância dos preceitos processuais insculpidos na Constituição, como o contraditório e a ampla defesa.²⁰

Leonardo Greco²¹ expressa, com lucidez e maestria, perfeita compreensão do fenômeno cautelar, tal como ora proposto, ao ressaltar a inexistência de incompatibilidade entre a satisfatividade e a provisoriedade das medidas cautelares, nos seguintes termos:

“Esta [a provisoriedade] significa tão somente que a regulação do direito material porventura determinada pela medida cautelar não se destina a vigorar em definitivo, mas apenas temporariamente, devendo posteriormente ser substituída pela decisão que sobre a mesma matéria for dada na jurisdição de conhecimento, completa e regular. Pouco importa que a medida cautelar seja irreversível ou que invista desde logo o requerente no gozo exaustivo do bem da vida ou do direito material. Se a medida cautelar é irreversível e o gozo do bem da vida com a sua efetivação se exauriu, a não propositura da ação principal poderá ensejar para o requerente a responsabilidade pelas perdas e danos previstas no art. 811 do Código de Processo Civil, caso se comprove que a efetivação da medida cautelar causou algum prejuízo juridicamente relevante a outrem. Se ninguém sofreu prejuízo jurídico decorrente da sua concessão ou se preferiu não persegui-lo, a medida cautelar terá

¹⁹ Ovídio Baptista (SILVA, Ovídio A. Baptista. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 345), nesse ponto, acredita que a lição do mestre Calamandrei quanto à provisoriedade da tutela cautelar não é exata, porque, em verdade, a cautelar não seria provisória, mas temporária, no sentido de que não precisa ser substituída por outra tutela, mas teria efeitos limitados no tempo em razão da cessação do estado perigoso. Arrimado nessa tese, Ovídio sustenta ser possível formular um princípio *bastante controvertido na doutrina moderna do processo cautelar*, qual seja, a possibilidade de o processo cautelar ser autônomo, *dispensando a parte de promover, após a concessão da medida cautelar, o processo principal*.

²⁰ Nesse diapasão, a irreparável lição de Bedaque (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 94).

²¹ GRECO, Leonardo. **A função cautelar**. s. n., março de 2007, p. 3.

regulado a situação jurídica de modo definitivo apenas do ponto de vista prático. De qualquer modo, a medida cautelar preservou a sua provisória eficácia jurídica, que poderá a qualquer tempo ser substituída pela regulação definitiva da situação fato-jurídica em outra decisão de cognição mais ampla”.

É possível que o que mais tenha contribuído para que a doutrina nacional se mostre, ainda hoje, de forma majoritária, fortemente contrária à possibilidade da tutela cautelar ter eficácia antecipatória tenha sido a prática, observada em todo o País, a partir das crises econômicas provocadas pela valorização do petróleo no mundo²², de se postular medida satisfativa definitiva por meio do procedimento cautelar, único, àquela época, a contar com o provimento liminar. Comenta-se que, nesse período, o poder geral de cautela, disciplinado pelo art. 798 do CPC, foi utilizado como fundamento para tudo o que fosse considerado urgente²³. Houve, assim, uma indiscriminada concessão de liminares satisfativas disfarçadas de cautelares, realizada, no mais das vezes, com o sacrifício das garantias constitucionais.

Importante consignar que José Roberto dos Santos Bedaque, refere-se ao fenômeno da utilização indiscriminada do poder geral de cautela como o “*principal motivo por que a doutrina nacional rejeita a cautelar antecipatória, tal como imaginada por Calamandrei, bem como tende a restringir esta modalidade de tutela àquelas medidas de natureza meramente conservativa*”²⁴.

No entanto, a doutrina se voltou contra as chamadas ‘cautelares satisfativas’, cunhando-as de ‘promíscuas’, ‘contradição em termos’, sem compreender, no entanto, que o problema não residia no fato de a cautelar possuir efeitos satisfativos, mas de ser tida como a solução definitiva do litígio. Na verdade, as ‘cautelares satisfativas’, tão combatidas por nossos juristas, nada tinham de cautelares, justamente por lhes carecer a característica essencial da provisoriedade. Vários são os dispositivos legais que estabelecem a estrutura necessariamente provisória da tutela cautelar, tais como os arts. 273, §2º e 4º, 805 e 807, do CPC.

Justamente como forma de resposta aos retumbantes clamores por um procedimento ordinário expedito, a tutela de urgência sofreu expansão com a previsão genérica da possibilidade de antecipação dos efeitos práticos pretendidos com a sentença, o que se deu mediante a promulgação da Lei nº 8.952/94, de 13.12.1994, diploma legal ao qual a doutrina atribuiu o grande mérito de eliminar a malsinada ‘cautelar satisfativa’.

Por ora, não se pode perder de vista que as notas essenciais da providência cautelar são a provisoriedade e a instrumentalidade.

2.3 A TUTELA CAUTELAR NO CPC DE 1939

Primeiramente, relevante sublinhar que, antes da vigência do Decreto-Lei 1608, de 18.09.1939, o ordenamento processual brasileiro consistia num sistema pluralista, em que

²² GRECO, Leonardo. **A função cautelar**. s. n., março de 2007, p. 2.

²³ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e Tutela da Evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 62.

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p 297.

cada Estado tinha o seu próprio Código²⁵, que, na maioria dos casos, replicava a disciplina contida no Regulamento nº 737, de 25.11.1850, primeira lei de caráter processual do País, dispondo, em seus 743 artigos, sobre o processo, a execução e os recursos judiciais.

O Regulamento 737 decorreu de determinação do Código Comercial (Lei nº 556, de 25.06.1850), no sentido de serem baixados regulamentos para fins processuais. Inicialmente, esse diploma legal só tratava de processos comerciais, passando, em 1890, após a proclamação da República, a dispor também sobre o processo civil. Antes disso, em 1876, foi elaborada, por ordem do Governo Imperial, uma compilação das leis processuais então existentes, conhecida por Consolidação Ribas, em virtude do responsável por sua criação, o grande professor e jurista Antônio Joaquim Ribas.

Dentre os dezoito títulos integrantes da primeira parte do Regulamento, seu título VII dispunha sobre os processos preparatórios, incidentes e preventivos.

A unidade da legislação processual só foi adotada entre nós com o advento da Constituição Federal de 1934, que retirou dos Estados federados a competência para legislar sobre o processo civil. Apesar de as Disposições Transitórias da Carta Constitucional terem determinado a elaboração, por uma comissão de três juristas, de um projeto de Código de Processo Civil e Comercial num prazo de três meses, contado da promulgação da Constituição, o referido diploma processual só foi editado em 18.09.1939, por meio do Decreto-Lei 1608, o Código de Processo Civil, conhecido por Código Unitário.

O CPC de 1939 disciplinava a tutela cautelar em seu Livro V, denominado “Dos Processos Acessórios”, composto por nada mais, nada menos do que vinte e três títulos (art. 675 a 781). Não por outro motivo, o diploma era criticado por possuir uma distribuição assistemática de títulos²⁶.

Conforme informado por Galeno Lacerda²⁷, acessoriedade significava mais do que cautelaridade, havendo, dentre os procedimentos acessórios do Livro V do CPC/39, processos não cautelares, como os embargos de terceiros, a habilitação de sucessores, a restauração de atos, dentre outros.

O Título I do Livro V cuidava das “medidas preventivas”, previstas nos artigos 675 a 688. Pontes de Miranda²⁸ destacou a impropriedade da denominação, considerando melhor referir-se a ‘procedimentos de segurança’, como muitos processualistas já o faziam àquela época.

O poder geral de cautela encontrava expressão no art. 675²⁹.

²⁵ Com fundamento em permissivo estabelecido na primeira Constituição Republicana, de 1891. Vale destacar que Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2 ed. São Paulo: RT, 1986, p. 55) só considerava bons os códigos promulgados pelos estados de São Paulo e Bahia

²⁶ Nesse sentido: LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.5.

²⁷ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.6. O jurista esclarece que os processos acessórios se subdividem em processos preventivos (com natureza cautelar); preparatórios (sem natureza cautelar) e incidentais (cautelares ou não).

²⁸ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo VIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 286.

²⁹ Art. 675 – “Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I- quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II- quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar

Com relação às medidas específicas, o art. 676 enumerava as seguintes: arresto, seqüestro, busca e apreensão, cauções, exibição, vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam memoriam*, obras de conservação em coisa litigiosa, alimentos provisionais, arrolamento e entrega de objetos ou de uso pessoal da mulher e dos filhos. O art. 679 referia-se, ainda, ao depósito de (i) menor que contraísse matrimônio contra a vontade dos pais, de (ii) menores ou incapazes maltratados pelo responsável ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral, e de (iii) incapazes sem representantes legais.

Havia previsão de procedimentos específicos para caução (arts. 690 a 692); homologação do penhor legal (arts. 693 a 696); especialização de hipotecas legais (arts. 697 a 703); atentado (arts. 712 a 716); falsidade de documentos (arts. 717 a 719); protestos, notificações e interpelações e protestos formados a bordo (arts. 720 a 724); protesto e apreensão de títulos (arts. 730 a 734), justificação (arts. 735 a 738) e posse em nome do nascituro (arts. 739 a 741), dentre outros.

A responsabilidade do vencido foi tratada no art. 688 do CPC/39, tendo sido implantado um sistema misto (objetiva e subjetiva).

Ante as severas críticas lançadas pela doutrina ao CPC como um todo e o surgimento de várias leis extravagantes, tornou-se necessária a reformulação do Código de 1939.

2.4 A TUTELA CAUTELAR NO CPC DE 1973

Após o grandioso trabalho realizado pelos juristas Alfredo Buzaid, José Frederico Marques e José Carlos Moreira Alves, entre outros, em 11 de janeiro de 1973 foi promulgado o Código de Processo Civil, revogando o vetusto Código Unitário de 1939.

A grande particularidade do Código de 1973, inexistente em qualquer outra legislação do mundo – mesmo as de maior tradição jurídica, como Alemanha, Áustria, Portugal e Itália³⁰ -, foi o destaque conferido ao processo cautelar, posto no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução. Por essa razão, houve autorizada voz na doutrina que o considerou situado na “vanguarda das codificações modernas”³¹.

Influenciado pelas obras de Calamandrei, Carnelutti e Coniglio³², publicadas, respectivamente, em 1936, 1926 e 1927, nosso legislador disciplinou o processo cautelar, reconhecendo-o como tutela jurisdicional autônoma.

O regime legal destinado ao processo cautelar foi estruturado da seguinte forma: Título Único – “Das Medidas Cautelares”; Capítulo I – “Das Disposições Gerais” (art. 796 a

lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes; III- quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa”.

³⁰ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.1.

³¹ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 2.

³² LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 3. O ilustre jurista gaúcho revela que a denominação do Livro III resultou da adoção, por Buzaid, da lição de Carnelutti. Veja-se, também, os próprios comentários de Buzaid acerca do assunto no item 7 da Exposição de Motivos do CPC.

812); e Capítulo II – “Dos Procedimentos Cautelares Específicos” (arts. 813 a 889), dividido em quinze seções.

É sabido que, no campo doutrinário, foram formuladas diversas classificações das medidas cautelares³³, estimuladas, provavelmente, pelo extenso rol de medidas típicas previstas pelo Código de Processo Civil a partir do artigo 813.

Galeno Lacerda³⁴, baseado em Calamandrei³⁵, mas à luz do ordenamento brasileiro, apresenta uma das classificações mais prestigiadas que, quanto à finalidade, classifica as medidas cautelares em (i) medidas cautelares de segurança quanto à prova (ex.: exibição de documento ou coisa; produção antecipada de prova e justificação), (ii) medidas cautelares de segurança quanto aos bens, subdivididas em medidas coercitivas de garantia (arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão e arrolamento) e cautelas inibitórias (atentado, conservação em coisa litigiosa, a entrega de bens, o afastamento de filho, o depósito de menores e a interdição ou demolição, (iii) medidas cautelares mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional (alimentos provisionais, guarda de filhos, depósito de menores, separação de corpos e interdição ou demolição). Por fim, refere-se a (iv) medidas de jurisdição voluntária, receptícias ou de mera documentação (protestos, notificações e interpelações; homologação de penhor legal; posse em nome do nascituro e o protesto e apreensão de títulos).

Pode-se afirmar que, sob a égide do CPC de 1973, em que pese não representar novidade, vez que já prevista no Código de Processo Civil de 1939, a tutela cautelar renasceu, sendo regida de forma mais organizada e minuciosa.

No entanto, muitos que inicialmente consideraram o Livro III resultado de um extraordinário avanço legislativo, sem similar no direito comparado, sobretudo devido à autonomia procedimental que conferiu à ação cautelar, passaram a tê-lo como fonte de complicações práticas³⁶, reconhecendo a desnecessidade, muitas vezes, de a medida cautelar ser postulada somente por meio de um processo autônomo.

3 O ESBOÇO DE ANTEPROJETO DO CPC – LIVRO III

³³ Lacerda (**Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.p. 8 chega a dizer que ‘cada processualista possui classificação própria e pessoal do assunto.

³⁴ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 8-17.

³⁵ Em sua magistral obra *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelaris*, de 1936, Piero Calamandrei classificou os provimentos cautelares em a) procedimentos instrutórios antecipados; b) procedimentos dirigidos a assegurar a execução forçada, d) antecipação dos provimentos decisórios e e) cauções processuais, conforme informa Luis Gustavo G. C.de Carvalho (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública, *in Acesso à Justiça, Efetividade do Processo*, Geraldo Luiz Mascarenhas Prado (coord.), Rio de Janeiro, 2005, p. 327).

³⁶ Nesse sentido, Galeno Lacerda apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 197.

Ao manifestar as razões que o motivaram a propor a reformulação do Livro III do CPC, Athos Gusmão Carneiro³⁷ assevera que:

[...] não mais subsistem os motivos, principalmente de ordem doutrinária, que levaram o legislador em 1973 a enquadrar o procedimento das medidas cautelares (entre as quais estão incluídas providências ditas cautelares inominadas, e algumas sem nenhum caráter de cautelaridade) às culminâncias de um processo autônomo, ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução.

[...]

Parece uma demasia, no entanto, na etapa atual de modernização do direito processual – voltado mais à eficiência e à instrumentalidade das atividades processuais do que a considerações apenas de caráter teórico – qualificar tal função cautelar, que é subsidiária, acessória, como se fora um verdadeiro *tertium genus*, a par do processo de conhecimento e do processo de execução.

O referido autor ressalta que, após a promulgação da Lei 8952/94, que instituiu a medida antecipatória incidentalmente ao procedimento comum ordinário, *“tornou-se incongruente exigir um ‘processo’ em apartado, com autuação, citação, contestação etc., para que qualquer das partes possa postular, no curso da demanda, a concessão de medida cautelar”*³⁸.

Desse modo, o esboço legislativo prevê a possibilidade de as medidas cautelares incidentais serem requeridas sem necessidade de um ‘processo’ autônomo.

Ademais, a proposta estabelece que as medidas antecipatórias também possam ser requeridas antes do ajuizamento da demanda.

Para que se compreenda a estrutura sugerida, cabe assinalar que o Livro III, denominado “Da Tutela de Urgência”, passaria a ser dividido da seguinte forma: **Título I – “Das Medidas Cautelares e Antecipatórias”, Capítulo I – “Das Disposições Gerais”, Capítulo II – “Das Medidas Cautelares”, Capítulo III – “Das Medidas Cautelares Específicas”,** (subdividindo-se em XIV seções), **Capítulo IV – “Das Medidas Antecipatórias”** (com duas seções - Das Medidas Antecipatórias e Dos Alimentos Provisionais); e **Título II – Dos Processos de Urgência, Capítulo I – “Dos Direitos Personalíssimos” e Capítulo II – De Outras Medidas de Urgência.**

Além da modificação do próprio Livro III, o esboço dá nova redação aos artigos 270 e 273 do CPC. Quanto ao primeiro, o dispositivo passará a prever que o Código *regula o processo de conhecimento (Livro I), o processo de execução (Livro II), a tutela de urgência (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV)*. O artigo 273, por sua vez, passará a dispor que:

³⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas Antecipatórias e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa, In: *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, n. 140, p. 72, out. 2006.

³⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas Antecipatórias e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa, In: *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, n. 140, p. 73, out. 2006.

Art. 273 – O juiz poderá, a requerimento da parte, no início do processo ou durante seu curso, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela (art. 881-A), bem como deferir medidas cautelares (art. 804).

§1º Concedida ou não a antecipação de tutela, o processo prosseguirá até final julgamento.

§2º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, caso presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental.

Como o esboço promove uma série de alterações do Livro III do CPC, importante enumerar as principais modificações:

- a) possibilidade de o processo antecedente ser ajuizado no foro onde se encontrem os bens objeto da lide ou da prova, sem que tal ajuizamento firme prevenção (art. 800, do Esboço);
- b) definição de qual o juiz competente para conhecer das medidas de urgência no tempo que medeia a prolação da sentença/acórdão e a interposição e recebimento do curso cabível (art. 800, §§1º e 2º, do Esboço);
- c) tentativa de conciliação das partes, pelo juiz, por ocasião da audiência realizada no processo antecedente (art. 803, do Esboço);
- d) apensamento dos autos do procedimento cautelar ou antecipatório ao processo principal, depois de ajuizada a ação de conhecimento, sendo proferidos no processo principal os despachos e as decisões alusivas à medida de urgência (art. 806-A, do Esboço);
- e) possibilidade de a decisão concessiva da antecipação de tutela revestir-se de eficácia de sentença definitiva, desde que o requerido não tenha impugnado o pedido e não ajuíze ação que vise à sentença de mérito (art. 881-D, do Esboço);
- f) extinção do processo após a concessão da liminar antecipatória, em se tratando de direito personalíssimo, quando tal deferimento implicar mudança no plano material, sem que haja produção de coisa julgada substancial (art. 881-G, do Esboço);
- g) previsão de ampla fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipatórias, bem como entre as medidas específicas e as postuladas com base no poder geral de cautela. (arts. 796, parágrafo único e 798, parágrafo único, do Esboço);
- h) possibilidade de o juiz ressaltar a eficácia da medida cautelar até o trânsito em julgado da sentença, hipótese em que não haverá a cessação de sua eficácia quando o processo principal for julgado improcedente (art. 808, III, do Esboço);
- i) revogação do disposto na redação original do art. 808, parágrafo único do CPC, que proibia a formulação de pedido cautelar sob o mesmo fundamento do anterior, caso tenha cessado, por qualquer motivo, a eficácia dessa medida;
- j) previsão de que a obrigatoriedade de ser intentada a ação principal, preservando a eficácia da medida cautelar, não se aplica aos casos de procedimento cautelares de antecipação de provas (art. 808, parágrafo único, do Esboço);
- l) previsão da medida cautelar específica “da indisponibilidade de bens” (art. 821 –A, do Esboço);

m) possibilidade excepcional de a medida antecipatória poder ser concedida nos casos de irreversibilidade, quando seu indeferimento acarretar a extinção do próprio direito ou se a irreversibilidade apresentar-se recíproca, prevendo que em tais hipóteses o juiz deverá aplicar, com prudência, o princípio da proporcionalidade (art. 881-B, do Esboço).

3.1 ANÁLISE DO ESBOÇO DE ANTEPROJETO DO CPC – LIVRO III

Em primeiro lugar, registre-se que, devido ao fato de a alteração legislativa em comento ter sido proposta recentemente, a doutrina processual ainda não se manifestou sobre a mesma, com exceção de Leonardo Greco³⁹, que, em artigo inédito sobre a função cautelar, dedica importantes páginas à análise do esboço preconizado por Athos Gusmão.

3.1.1 PONTOS POSITIVOS DO ESBOÇO

Consideramos como meritórias as alterações propostas, destacadas no tópico 3, relativas à fixação da competência no foro do local dos bens ou das provas, para as medidas de urgência antecedentes⁴⁰; à possibilidade de os despachos e decisões alusivas à medida antecedentes serem proferidos nos autos do processo principal, depois do ajuizamento deste⁴¹; à ampla fungibilidade entre as medidas de urgência e entre as medidas cautelares específicas e inominadas; às alterações promovidas no art. 808 do CPC e à mitigação da exigência da reversibilidade dos efeitos da tutela antecipatória.

Com relação à fungibilidade entre as medidas de urgência, andou bem o esboço, ao dispor que *“o pedido de uma medida antecipatória ou cautelar em lugar de outra, salvo na hipótese de má-fé ou erro grosseiro, não obstará que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos encontre provados”* (art. 796, parágrafo único).

³⁹ GRECO, Leonardo. **A função cautelar**. s. n, março de 2007. p.19-21.

⁴⁰ Sobre essa questão, o admirável Pontes de Miranda (Miranda, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII, ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974. p. 59) já havia aventado a solução ora propugnada pelo esboço, ao ponderar que: “O problema técnico da determinação da competência para o arresto e as outras medidas cautelares sempre preocupou os velhos juristas. Se não há perigo na demora, claro que a competência cabe ao juiz da futura demanda, ou da lide pendente. Se a medida cautelar, retardando-se, ou não sendo pedida e concedida imediatamente, **onde se acha o objeto a que ela se refere**, perderia toda pertinência ou estaria quase completamente sacrificada, como se o devedor está a fugir com os bens. Assim, autores extraindo do direito português o princípio de que o juiz incompetente pode conhecer da medida preventiva, se houvesse perigo na demora, se o devedor estava a fugir e no caso de flagrante delito” (grifo nosso). Assim, o grande jurista acreditava que a regra do art. 800, CPC não eliminava esse entendimento.

⁴¹ Greco, no artigo citado, reconhece que tal possibilidade já vem sendo efetuada com freqüência, no que tange ao pedido de revogação da medida cautelar, feito nos próprios autos da ação principal. Veja –se: “Tem ocorrido com freqüência, também, o requerimento de revogação de medida cautelar nos próprios autos da ação principal, embora aquela tenha sido concedida em autos apartados. Se o fundamento suscitado não exigir dilação probatória, nem o contraditório que nele deverá ser assegurado for de índole a tumultuar a marcha normal do processo, é perfeitamente adequada a decisão do requerimento nos próprios autos principais. Afinal, se à juntada de qualquer documento por uma parte o juiz precisa ouvir a outra (CPC, art. 398), a audiência bilateral a respeito de qualquer questão não pode, por si só, ser considerada nociva à marcha normal do processo”. (p. 8). No entanto, o esboço prevê, em seu art. 809, que o juiz pode determinar que os pedido de modificação ou revogação sejam autuados em apenso, admitindo, a nosso ver, a possibilidade de tal pleito causar tumulto à marcha processual.

Dessa forma, mais do que solucionar problemas meramente terminológicos, a referida disciplina da fungibilidade permite que o juiz conceda a medida mais adequada à situação material. Nesse sentido, o insigne Bedaque⁴² já advertia que

também é preciso deixar claro que a fungibilidade não está limitada apenas a problemas terminológicos. A adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final. Nada obsta, portanto, que diante de pedido de antecipação de efeitos, o juiz defira tutela meramente conservativa e vice e versa [...]

Sobre a salutar fungibilidade entre as medidas cautelares específicas e as inominadas, a previsão vai ao encontro do pensamento doutrinário majoritário⁴³, a exemplo do que já admitia Galeno Lacerda⁴⁴, quanto ao uso de medidas inominadas, ainda que a situação jurídica pudesse ser tutelada por providência típica, “*sempre que os pressupostos se apresentem de modo diverso dos legalmente previstos para estas últimas*”.

No que pertine à revogação, pela proposta legislativa em exame, do disposto no parágrafo único do art. 808⁴⁵, acredita-se, com arrimo na lição irreparável de Greco⁴⁶, que a alteração extirpa do ordenamento uma disposição que atentava contra a efetividade da tutela jurisdicional, vez que o mero fato de o pedido cautelar ter sido anteriormente apresentado e

⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.338.

⁴³ Sustentando posição minoritária, veja-se Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol.III. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006. p. 7): “[...] Não há norma autorizando o Estado-Juiz a prover fora do pedido no processo cautelar. Deve-se observar, pois, o princípio da adstrição da sentença ao pedido, previsto expressamente no CPC para o processo de conhecimento, mas aplicável também aos processos executivos e cautelares. Assim, tendo o demandante pedido medida cautelar inadequada para solucionar a situação de crise por ele narrada em sua petição inicial, deverá o juiz considerá-lo ‘carecedor de ação’, por falta de interesse de agir’. Não concordamos, com o devido respeito, com tal posicionamento, conforme demonstrado no texto. A nós nos parece irretocável o que preconiza Greco (**A função cautelar**. s.n., março de 2007, p. 17: “Precisa é a lição de Arruda Alvim: se não couber uma medida típica (ex. arresto), cabe uma medida atípica de efeitos equivalentes. As raízes constitucionais a justificam. Em face do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a não concessão da medida cautelar configura inconstitucionalidade, por negativa de uma prestação jurisdicional útil”. Consentânea com a preocupação acerca dos limites do poder geral de cautela é também a lição de Greco, mencionada no citado artigo, p, 18, ao estabelecer que tal poder discricionário encontra dois limites intransponíveis: a dignidade humana e a impossibilidade de, por meio do poder geral de cautela, ser adotado provimento que não poderia ser concedido por intermédio de provimento definitivo.

⁴⁴ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 88.

⁴⁵ Dispõe o atual parágrafo único: “Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento”.

⁴⁶ O notável processualista Greco (**A função cautelar**. s. n., março de 2007, p.12) assevera: “[...] violam a garantia da tutela jurisdicional efetiva disposições, como a do parágrafo único do art. 808 do Código de Processo Civil, que somente permitem a reiteração da medida cautelar que tenha caducado por novo fundamento. Tanto a medida indeferida, como a que tenha perdido eficácia por qualquer motivo, não pode deixar de ser novamente examinada e concedida se concorrerem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A cognição anterior foi incompleta, sujeita a erro. Disposições como a mencionada têm justificava na boa-fé e na tentativa de dar certa estabilidade às relações jurídicas entre as partes antes da decisão final da causa principal. Entretanto, não podem constituir obstáculo à obtenção de tutela cautelar a quem demonstre dela necessitar em face de um perigo atual, pouco importando se idêntico requerimento foi anteriormente indeferido ou se foi concedido e caducou”.

perdido a eficácia não pode constituir empecilho a que a medida seja novamente proposta, tendo em conta que a situação de urgência necessita de tutela adequada.

3.1.2 PONTOS A SEREM MODIFICADOS NO ESBOÇO

3.1.2.1 Exclusão dos procedimentos não cautelares do Livro III

Apesar da reforma legislativa em comento promover acertadas alterações, tais como as referidas acima, e em que pese o brilhantismo de seu subscritor, não se pode deixar de criticar o esboço por não ter aproveitado a oportunidade de desvincular do Livro III procedimentos sumários que nada têm de cautelares, por faltar-lhes algumas das características essenciais do provimento cautelar, quais sejam: a urgência, a cognição sumária, a provisoriedade e a instrumentalidade.

Pela proposta de Athos Gusmão Carneiro, apenas são feitas alterações quanto às medidas previstas no art. 888 do CPC, que passam, com acerto, a ser previstas como ‘outras medidas de urgência’, no âmbito do Título II (“Dos processos de Urgência”); aos ‘alimentos provisórios’, cuja disciplina é deslocada para o Capítulo IV do Título I (Das medidas antecipatórias), além de serem revogados os artigos que tratam do ‘protesto e apreensão de títulos’.

Ora, atualmente o Livro III⁴⁷ dispõe sobre nada mais, nada menos, do que quinze medidas específicas, quais sejam: arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, alimentos provisionais, arrolamento de bens, justificação, protestos, notificações e interpelações, homologação de penhor legal, posse em nome do nascituro, atentado, protesto e apreensão de títulos, além das medidas previstas no art. 888, CPC. Muitas dessas medidas não têm caráter cautelar.

Ainda que haja certa divergência doutrinária quanto à correta classificação de algumas medidas específicas⁴⁸, e tendo em conta que o propósito do presente trabalho não abrange o exame minucioso das medidas cautelares específicas, é possível identificar, com relativa facilidade, quais providências previstas no Livro III não têm natureza cautelar. Assim, para os fins desse artigo, basta essa identificação, não sendo de nosso interesse, apesar da relevância do tema, precisar a correta definição da natureza jurídica das medidas reconhecidas como não cautelares.

Da doutrina do prestigiado Alexandre Freitas Câmara⁴⁹, extrai-se que

⁴⁷ Pontes de Miranda (MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974. p. 491) já ressaltava, na década de 70, que “a sistemática do Livro III é cheia de problemas da mais difícil técnica classificatória”.

⁴⁸ A título de ilustração, veja-se o caso da produção antecipada de prova, comentada por Greco (GRECO, Leonardo Greco. **A função cautelar**. s. n., 2007, p. 15): “A produção antecipada de prova, medida probatória acessória de um processo principal, é considerada por GALENO LACERDA como uma cautela de jurisdição voluntária, na qual não se cogita de *fumus boni iuris*, mas apenas de *periculum in mora*. Penso que não. Como medida probatória vinculada a uma determinada causa principal, a produção antecipada de provas será de jurisdição contenciosa ou voluntária, conforme o seja a causa principal. [...]”.

⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. III, 10 ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2006. p. 101. Cabe ressaltar que, arrimados na precisa doutrina de Greco (GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Editora Dialética, 2003. p. 133), consideramos a homologação de penhor legal procedimento de jurisdição voluntária dotado de cautelaridade, vez que se destina

É inegável o fato de que o legislador incluiu no CPC, junto aos procedimentos cautelares específicos, uma série de outros procedimentos, através dos quais se desenvolverão processos cuja natureza, indubitavelmente, não é cautelar. A natureza diversa da cautelar em tais processos é gritante. Isto porque, como se poderá ver ao longo da exposição, não há, em muitos dos procedimentos regulamentados no Livro III do CPC, a *referibilidade* que, como visto anteriormente, é elemento essencial para que se caracterize um determinado processo como cautelar.

Será fácil verificar, ao longo do estudo dos diversos procedimentos arrolados no Livro III do Código de Processo Civil, que muitos deles se desenvolvem sem qualquer relação com uma situação cautelanda (assim compreendida a situação de perigo para a efetividade do processo). É o que se tem, por exemplo, com os **protestos, notificações e interpelações**, institutos cuja natureza, conforme se verá no momento próprio, é de jurisdição voluntária. O mesmo se diga, por exemplo, em relação à **homologação do penhor legal**, que tem nítida natureza de processo cognitivo, de índole satisfativa. (grifo nosso)

Conforme lição de Leonardo Greco, não tem natureza cautelar: o arresto⁵⁰ na hipótese prevista no art. 816, CPC (que determina a concessão da medida pelo juiz, independentemente de justificação prévia, quando for requerido pela União, Estado ou Município, ou quando o requerente prestar caução); as cauções de direito completo (art. 829, CPC)⁵¹; a justificação; os protestos, notificações e interpelações e a posse em nome do nascituro.

a regular, provisoriamente, a situação de direito material, isto é, a constituição da garantia ao credor-requerente. A constituição da garantia propiciada pela homologação não perfaz título executivo, sendo imprescindível que o credor mova futura ação de conhecimento ou de execução para reaver o seu crédito. Conforme diversas vezes ressaltado neste trabalho, o fato de a medida cautelar ser satisfativa não lhe desconfigura a natureza, vez que permanece instrumental e provisória.

⁵⁰GRECO, Leonardo. **A função cautelar**. s. n., 2007, p. 15. Segundo o processualista, o disposto no art. 816 dá origem a uma medida inconstitucional, vez que sua concessão independe da prova da urgência e do *fumus boni juris*. Em suas palavras: “A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXV, confere a garantia da tutela jurisdicional efetiva contra qualquer lesão ou *ameaça* a direito. A ameaça e o direito hão de estar objetiva e suficientemente comprovados, não podendo a lei instituir o privilégio de determinadas pessoas, por condições subjetivas ou econômicas, de intervir na liberdade patrimonial de outras, sem provas desses requisitos”.

⁵¹No referido artigo, Greco preconiza que a caução de direito completo, prestada pelo próprio requerente e a imposta por lei, não exige cognição nem mesmo sumária. No entanto, o autor reconhece, ao final, que “de qualquer modo, preserva a caução o seu caráter cautelar pela proteção provisória que presta a algum interesse relevante no processo”. Com a devida vênia, concordamos com a posição de Alexandre Câmara (CÂMARA. Alexandre Freitas Câmara. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. III, 10 ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2006. p. 140), segundo a qual “a caução que se presta através do procedimento regulado nos arts. 826 e seguintes do CPC não tem natureza cautelar. Esta constitui o objeto principal de um processo autônomo, não tendo por função assegurar a efetividade de outro processo, sendo, em verdade, destinada a tutelar uma situação de direito substancial”. Ainda, com arrimo nessa doutrina, as cauções previstas nos arts. 805 e 819 têm inegável caráter cautelar.

Para o referido jurista⁵², a justificação (arts. 861- 866, CPC) não é cautelar por não ser dotada de instrumentalidade imediata, vez que não se conhece a possível causa futura em que a prova poderá vir a ser utilizada, e por não ser provisória. No mesmo sentido, sustenta Alexandre Câmara⁵³, acrescentando que “*é estranho à justificação o requisito do periculum in mora*”. Pontes de Miranda advertia, na mesma ordem de idéias:

A justificação, de que se trata, ainda não seja fim em si, basta-se a si mesma, como processo, e como sentença. Não é preparatória, no sentido estrito; não é provisória, porque o julgado na ação em que se discute a *res in iudicium deducta*, ainda quando aprecie a prova que por ela se produziu, não reforma, não atinge a sentença de justificação. O que ela faz é constituir instrução, sem se levar em conta o *periculum in mora*, que pode ter sido considerado pelo justificante, porém do qual, na justificação, segundo os arts. 861-866, se *abstrai*. [...]

Por sua vez, os protestos, notificações e interpelações (arts. 867-873 e 882-883, CPC), por não protegerem provisoriamente qualquer interesse, documentando apenas as manifestações de vontade do requerente, também não atendem ao atributo da cautelaridade (não há exame do *fumus boni juris*, nem do *periculum in mora*). Nas valiosas palavras de Pontes de Miranda⁵⁴, “*o que importa, na interpelação, na notificação e no protesto, é a manifestação de vontade ou de conhecimento que faz o interpelante, notificante ou protestante, e a recepção dela pelo interpelado, pelo notificado ou pelo destinatário do protesto*”.

A posse em nome do nascituro (arts. 877-878, CPC) é, ao ver de Leonardo Greco⁵⁵, uma ação de conhecimento de cognição incompleta, totalmente desvinculada de uma causa principal, visando declarar o estado de gravidez da mãe.

Desse modo, ante o exposto quanto às medidas sem natureza cautelar, andaria melhor a proposta de reformulação do Livro III do CPC se tais provimentos fossem retirados dessa disciplina. Assim, no nosso entender, deveriam ser desvinculados do mencionado Livro os procedimentos previstos nos arts. 816 (arresto inconstitucional), 826-838 (caução), 861-

⁵²Greco, conforme doutrina majoritária, considera, acertadamente, a justificação procedimento probatório de jurisdição voluntária. (GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Editora Dialética, 2003. p. 68).

⁵³CÂMARA. Alexandre Freitas Câmara. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. III, 10 ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2006. p. 217.

⁵⁴MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974. p. 318.

⁵⁵GRECO, Leonardo. **A função cautelar**. s. n., 2007, p. 17. No mesmo sentido, proclama Câmara (CÂMARA. Alexandre Freitas Câmara. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. III, 10 ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2006. p. 249): “A posse em nome do nascituro não tem natureza cautelar, não obstante sua inclusão no Livro III do Código de Processo Civil. Esta afirmação decorre da constatação – feita anteriormente – de que esta não é medida de assecuração da prova, sendo efetivamente produzida a prova da existência da gravidez”. Consideramos, à luz dos ensinamentos de Greco (GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Editora Dialética, 2003. p. 87), se tratar de medida de jurisdição voluntária sem natureza cautelar, vez que não visa tutelar provisoriamente a situação de direito material, mas sim definitivamente. Ocorre que, como a própria situação da vida a que se refere é de natureza temporária, essa definição só será útil durante os nove meses de gestação da requerente.

866 (justificação), 867-873 (protestos, notificações e interpelações), 877-878 (posse em nome do nascituro).

3.1.2.2 Sistematização efetiva das medidas de urgência

Outra crítica que ousamos fazer ao esboço legislativo é no sentido de que, apesar de pretender tratar da “Tutela de Urgência”, a proposta disciplina hipóteses de tutela antecipatória que não se relacionam, em absoluto, à situação de urgência, mas sim à tutela da evidência⁵⁶. É o caso do disposto no art. 881-A, III, e parágrafo único do esboço, que se referem, respectivamente, à tutela antecipada no caso de abuso do direito de defesa e na hipótese de incontrovérsia dos pedidos cumulados.

Para a concessão da tutela antecipada na hipótese originalmente prevista no art. 273, II, CPC, levou o legislador em conta não a situação do direito material, mas aspectos puramente processuais, traduzidos no comportamento do réu que abusa do direito de defesa, protelando o momento da realização dos direitos ou mesmo retirando do autor alguma vantagem econômica em troca do tempo do processo. Fácil perceber que, nesse caso, a concessão da tutela antecipada não está relacionada com o estado de perigo do direito. Trata-se de hipótese em que, ao lado da probabilidade de existência do direito do autor (um dos requisitos da antecipação), ocorre abuso do direito de defesa do demandado. Fala-se, então, em *tutela da evidência*. Nos lapidares dizeres de Luiz Rodrigues Wambier⁵⁷,

o art. 273, II, consagra hipótese de tutela antecipada pura. Na verdade, defesa protelatória ou abuso de direito de defesa nada mais são do que circunstâncias que vem a reforçar o *fumus* [...]. Nessa hipótese, o altíssimo grau de plausibilidade dispensa a demonstração de um especial perigo de ineficácia do provimento final.

Quanto à tutela antecipada concedida em caso de incontrovérsia dos pedidos, hipótese incluída no art. 273, CPC, §6º, pela Lei 10.444/2002, seu fundamento, conforme sustentado por Luiz Guilherme Marinoni⁵⁸, é evitar a indevida protelação do momento de realização dos direitos, e, portanto, o abuso do direito de defesa. Conclui-se, portanto, que essa hipótese⁵⁹ também nada tem a ver com o risco de dano, não podendo ser incluída dentre as espécies de tutelas sumárias de urgência.

Dessa maneira, as mencionadas hipóteses de provimentos antecipatórios não deveriam ser disciplinadas no Livro III proposto por Athos Gusmão Carneiro. Talvez fosse

⁵⁶ Cf. FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da tutela antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁵⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues *et. al.* In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord). *Curso Avançado de Processo Civil*. 5 ed. vol. 1, São Paulo: RT, 2002. p. 331.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁵⁹ Assinale-se que, para Fredie Didier Júnior, essa espécie de tutela não é, em verdade, antecipação dos efeitos da tutela, mas resolução parcial da lide. “A topografia do instituto está equivocada. Não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material [...]” (JORGE, Flávio Cheim *et. al.* **A nova reforma processual**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 71-2.)

mais adequado que tais espécies de tutela antecipatória continuassem reguladas unicamente pelo art. 273, CPC, enquanto não se dedica a tais espécies de tutela da evidência a merecida sistematização, tal como ocorrido no ordenamento processual italiano, com a introdução do art. 186-*quarter*.⁶⁰

Ademais, acreditamos que o tratamento dispensado pelo esboço às tutelas cautelar e antecipatória não propicia a desejada sistematização dos provimentos cautelares de urgência, tal como propugnado por nós. É que, apesar de oferecer uma disciplina única a tais medidas (Livro III), a proposta legislativa em comento, continua, em nosso sentir, demasiadamente preocupada em distinguir as regras aplicáveis a cada uma das espécies, tanto que, quando se refere ao procedimento antecedente para a obtenção da tutela antecipatória, determina que a ele se aplica, *no que couber*, o disposto no Capítulo II (das medidas cautelares), como se vê do art. 881-C do esboço. Ora, por que não já estabelecer, ante a excelente oportunidade de criação legislativa, quais regras são aplicáveis às medidas antecipatórias? Por que não definir, efetivamente, um regime jurídico único às medidas?

Entendemos que nossa crítica não se restringe a aspectos formais do esboço, e, supostamente menos importantes, porque é sabido que os operadores do direito manejam as regras processuais com extremo conservadorismo, prendendo-se, em um sem número de circunstâncias, exclusivamente ao direito positivo, postulando ou concedendo, assim, somente o que a lei expressamente dispõe.

Desse modo, seria mais proveitoso à disciplina das medidas de urgência, que as regras dispostas nos artigos 801 a 811 do esboço integrassem o seu Capítulo I, dedicado às disposições gerais das medidas de urgência, aplicáveis indistintamente às medidas cautelares e antecipatórias. Assim, por exemplo, não haveria sentido em se reproduzir as regras estabelecidas nos arts. 801-A, 881-B, §§ 2º, 3º e 4º, vez que já referidas nas disposições gerais.

Isso porque não temos dúvidas de que as regras previstas nos arts. 796 a 811 do atual Livro III do CPC consubstanciam verdadeiro regime geral da tutela cautelar de urgência. Não é outro o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco⁶¹ ao asseverar que

os operadores do direito, ainda pouco familiarizados com o instituto da antecipação, relutam muito em transpor a ele os preceitos explícitos que o Livro III do Código de Processo Civil contém, sem se aperceberem de que ali está uma verdadeira disciplina geral da *tutela jurisdicional de urgência* e não, particularmente, da tutela

⁶⁰ Conforme informa Bedaque (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 50-51, vide nota 50), por meio do referido dispositivo do CPC italiano, “a deficiência da defesa pode autorizar o acolhimento da demanda mediante provimento apto a, se verificadas determinadas circunstâncias, tornar-se definitivo. [...] A decisão proferida com fundamento no art. 186-*quarter* integra o quadro dos provimentos com conteúdo antecipatório do direito italiano, que o legislador de 1990 já regulara nos arts. 186-*bis* e *ter*, com eficácia executiva imediata. Mas não representa provimento de cognição sumária, visto que somente pode ser concedido depois de *esaurita istruzione*. Pressupõe, portanto, o encerramento da fase probatória, ao contrário do que ocorre com outro provimento antecipatório do processo trabalhista (art. 423, 2º *comma*)”.

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 91.

cautelar. Esse é o ponto mais frágil da disciplina da antecipação tutelar, em seu modelo brasileiro”.

A propósito, seria de melhor técnica se a denominação do Livro III fosse “Da tutela cautelar de urgência”, dado que o nome proposto (“Da tutela de Urgência”) é de acepção muito ampla, comportando tutelas jurisdicionais que nada têm de cautelares, como o mandado de segurança, a ação de alimentos etc. Além disso, a denominação sugerida revela a compreensão mais acertada da tutela cautelar de urgência que, indiscutivelmente, abrange a cautelar conservativa e a cautelar antecipatória. Conforme já assinalado neste estudo, compreendemos a tutela antecipatória como espécie de tutela cautelar, vez que instrumental e provisória, apesar de satisfativa.

3.1.2.3 Tratamento Inadequado à Instrumentalidade Mitigada

Por fim, não se pode deixar de registrar a crítica feita ao art. 881-D⁶² do esboço pelo festejado Leonardo Greco⁶³:

Pouca clareza revela o esboço no tratamento da instrumentalidade mitigada, preferindo tornar definitivos, em certos casos, provimentos resultantes de cognição incompleta (art. 881-D), a prolongar a eficácia provisória de provimentos com os quais as partes se acomodaram.

Essa mesma crítica pode ter por objeto o que propõe o Anteprojeto de Lei de ‘Estabilização da Tutela Antecipada’, elaborado, em janeiro de 2007 e já entregue ao Governo Federal, por comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual, composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni, haja vista que o sugerido art. 273-B possui a mesma redação do art. 881-D do esboço, só havendo diferença quanto ao prazo para ser intentada a ação de cognição plena (o esboço estabelece sessenta dias, e o anteprojeto, 30 dias).

Invocando o entendimento de Edoardo Ricci, manifestado em artigo publicado na Revista de Direito Processual, de setembro-dezembro de 1997, intitulado “A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano”, no sentido de que os provimentos antecipatórios são substancialmente provimentos monitorios, e as reformas ocorridas no direito processual italiano, os mencionados processualistas que integram a comissão do IBDP, defendem que a estabilização do mandado monitorio, prevista em nosso ordenamento, deve ser aplicada, *simetricamente*, com a decisão antecipatória com a qual as partes se satisfazem. É o que proclama os ilustres autores do referido anteprojeto: “*Assim, a instauração ou prosseguimento da demanda são considerados ônus do demandado e, em caso de*

⁶² Dispõe o referido artigo: “Caso o requerido não haja impugnado o pedido de antecipação de tutela formulado em processo antecedente, e preclusa a decisão concessiva, é facultado, no prazo de sessenta dias: I – ao réu, propor ação que vise à sentença de mérito; II – ao autor, em caso de antecipação parcial, propor ação que vise a (sic) satisfação integral de sua pretensão. §1º - Não proposta a ação, a decisão concessiva adquirirá força e coisa julgada, nos limites da decisão proferida. §2º - Não se aplica o disposto neste artigo nos casos de citação ficta”.

⁶³ GRECO, Leonardo. **A função cautelar**. s. n., março de 2007, p. 20.

*antecipação parcial, do demandante, sendo a conduta omissiva seguro indício de que não há mais necessidade de sentença de mérito”.*⁶⁴

Greco informa que alguns países da Europa continental têm operado reformas em sua legislação processual de modo a prever que, mesmo não proposta a ação principal, as medidas cautelares restritivas de direitos permanecem eficazes. No entanto, frisa o autor que *“essa provisória estabilização da sua eficácia não lhes retira o caráter cautelar, porque nunca constituirão a regulação definitiva da situação jurídica sobre a qual incidem”.*⁶⁵

Muito diferente disso é a proposição contida tanto no Esboço de Anteprojeto do Processo Cautelar, de autoria de Athos Gusmão, quanto no Anteprojeto de Lei de Estabilização da Tutela Antecipada.

É que as propostas referidas optam não por prolongar a eficácia da medida cautelar, ainda que não haja a propositura da ação de cognição plena e exauriente, mas por permitir que, não proposta a ação principal, a decisão concessiva da tutela antecipatória passe a ser definitiva, produzindo coisa julgada. Em outras palavras, os aludidos projetos de reforma legislativa fazem com que uma conduta omissiva (a não propositura da demanda no prazo prescrito) seja apta a fazer com que uma decisão ontologicamente provisória, vez que informada por cognição incompleta, adquira definitividade.

Em que pese os argumentos em prol do pragmatismo de tal proposta, reputamos mais adequada a sugestão de Greco⁶⁶, no sentido de admitir a estabilização da decisão antecipatória somente nos casos em que houver pedido do interessado nesse sentido. Essa posição é mais condizente com a garantia de um processo justo, que observe efetivamente o contraditório e a ampla defesa.

Ora, sustentar num país como o nosso, em que o acesso à justiça não é plenamente assegurado, - devido a inúmeras e graves razões, que vão desde a desinformação geral da população brasileira até a falta de eficiência do aparato judicial - , que a ausência de propositura de ação judicial tornará um provimento precedido por cognição sumária juridicamente definitivo, é imputar ônus excessivo ao demandado. Uma coisa é reconhecer que o provimento provisório possa se tornar, na prática, definitivo, ante a acomodação das partes. Outra é permitir que, juridicamente, uma decisão provisória adquira força de coisa julgada, sepultando a possibilidade de o demandado obter um julgamento informado por cognição ampla e exauriente, em momento posterior, pelo simples fato de ele não ter sido diligente a ponto de mover, dentro do prazo estipulado na lei, a pertinente ação principal.

Fazemos nossas as irreparáveis palavras de Leonardo Greco, que, *mutatis mutandis*, se aplicam perfeitamente à questão da estabilização da tutela antecipada:

[...] se de um lado, conferiria mais estabilidade às relações jurídicas material e processual entre as partes, correria o risco de frustrar o acesso à tutela jurisdicional efetiva de interesses mercedores de proteção, já que não se pode esquecer que, tanto um quanto outro (a concessão ou denegação [da medida cautelar]), são o resultado

⁶⁴ Anteprojeto de Lei de Estabilização da Tutela Antecipada. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/>> Acesso em: 27 de jul.2007.

⁶⁵ GRECO, Leonardo. **A função cautelar**. s. n., março de 2007, p. 11.

⁶⁶ Manifestada, para nossa satisfação, em aula ministrada no âmbito da disciplina em relação a qual o presente trabalho é requisito para sua conclusão.

precário de uma cognição incompleta que, por isso mesmo, deve sempre estar sujeita a revisão das suas conclusões.

Afigura-nos curioso que o processualista⁶⁷ que expõe pensamento irretocável no sentido do que aqui propugnamos, a seguir transcrito, seja um dos autores do anteprojeto de lei que visa justamente a permitir, genericamente, a eficácia definitiva da tutela antecipatória, se não vejamos:

[...] Nessa medida, parece arriscado, principalmente se levarmos em consideração a realidade brasileira, atribuir definitividade à tutela antecipatória, visto que a atividade cognitiva desenvolvida à tutela antecipatória, visto que a atividade cognitiva desenvolvida pelo juiz para concedê-la é superficial, não exaurindo as circunstâncias da relação material. Além disso, a parte a ser diretamente atingida pelos efeitos do provimento muitas vezes sequer é ouvida, dada a possibilidade de antecipação liminar;

[...]

Por isso, parece-me conveniente, ao menos por enquanto e considerando as profundas desigualdades existentes na sociedade brasileira, exigir que o Estado-Jurisdição, após conceder a antecipação de efeitos da tutela jurisdicional, faça exame mais acurado dessa decisão, analisando com profundidade aspectos da realidade substancial. Para tanto, contará com a participação das partes e com as regras legais que procuram tornar efetivo e equilibrado o contraditório.

Por tudo isso, consideramos que a proposta contida nos mencionados projetos de reforma, no sentido de a tutela antecipatória adquirir, por simples falta de propositura da ação de cognição completa no prazo legal, força de coisa julgada substancial, configura indesejada violação à tutela jurisdicional efetiva.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Esboço de Anteprojeto do Livro III do CPC, apresentado pelo insigne Athos Gusmão Carneiro, reflete o acertado pensamento doutrinário⁶⁸ de não fazer mais sentido à

⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 277-278.

⁶⁸ Nesse sentido, a posição de Alexandre Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. III, 10 ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2006. p. 33: “Não se pode dexiar de dizer, em um capítulo dedicado a tecer considerações gerais sobre o processo cautelar, que este é um tipo de processo cuja existência autônoma já não mais se justifica. Não se pense, porém, que estejamos aqui a pregar a abolição da tutela jurisdicional cautelar. Esta é, e será sempre indispensável para a efetividade do sistema processual. O

ciência processual contemporânea, a obrigatória vinculação da tutela cautelar à propositura de uma ação autônoma regulada pelo citado Livro III.

O comentado esboço legislativo promove uma série de alterações positivas no procedimento das medidas de urgência, tendo as principais mudanças destacadas nesse estudo, mas peca, a nosso sentir, (i) por não eliminar dos procedimentos cautelares específicos aqueles que nada têm de cautelar, (ii) não realizar uma efetiva sistematização das medidas de urgência e (iii) por não dar um tratamento adequado à tendência de mitigação da instrumentalidade das medidas cautelares de urgência.

Não obstante, conforme assinalado pelo próprio Ministro aposentado do STJ, a proposta legislativa consubstancia, por enquanto, *sugestões iniciais, com vistas a futuro Anteprojeto de Lei*. Solicita, o eminente processualista, *a crítica dos doutos*⁶⁹.

Desse modo, cabe à proficiente doutrina processual brasileira examinar com acuidade a proposta de reforma, tendo em conta a crescente importância da tutela cautelar de urgência na sociedade contemporânea, o que denota a premente necessidade de ser estabelecido um verdadeiro regime jurídico único a tais espécies de tutela jurisdicional.

Ainda que o presente trabalho acadêmico se restrinja a examinar, parcial e perfunctoriamente certos aspectos do esboço de uma proposta de reforma legislativa, oportuno ressaltar que, para o adequado desenvolvimento da ciência processual, mostra-se tão importante a pesquisa científica acerca da legislação vindoura quanto a produção de conhecimento sobre o direito posto.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol.III. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas Antecipatórias e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa, *In: Revista de Processo*, Rio de Janeiro, n. 140, p.72-85, out. 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública, *in Acesso à Justiça, Efetividade do Processo*, Geraldo Luiz Mascarenhas Prado (coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

que não se pode aceitar (ao menos de lege ferenda) é a necessidade de instauração de um processo autônomo, de natureza cautelar, para que tal modalidade de tutela jurisdicional seja prestada”. Outra não é a doutrina de JORGE, Flávio Cheim *et. al.* **A nova reforma processual**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 87, que preconiza: “[...] tendência inexorável de nossa legislação: a unificação dos processos. Com o claro objetivo de acabar com a vetusta exigência de que, para cada função jurisdicional, uma relação jurídica processual própria, transforma-se a relação jurídica processual de conhecimento, que passa a ter a característica da ‘multifuncionalidade [...]’.

⁶⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas Antecipatórias e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa, *In: Revista de Processo*, Rio de Janeiro, n. 140, p. 75, out. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2 ed. São Paulo: RT, 1986.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e Tutela da Evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO, Leonardo. **A função cautelar**. s. n., março de 2007.

_____. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Editora Dialética, 2003.

JORGE, Flávio Cheim *et. al.* **A nova reforma processual**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo VIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII, ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974.

RUANOBA, Sebastian Watenberg. Fungibilidade das tutelas de urgência antecipatória e cautelar no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 148, p. 321-352, jun. 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues *et. al.* *In:* WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord). *Curso Avançado de Processo Civil*. 5 ed. vol. 1, São Paulo: RT, 2002.