

RESUMO: A tutela cautelar nada mais é que um instrumento para a garantia da efetividade de direitos frente aos riscos do lapso temporal entre demanda e efetividade da prestação jurisdicional. Da mesma que é tratada atualmente, a tutela cautelar não mais será abordada, quando dará vez ao sistema efetivado no projeto do novo código de processo civil. Ademais, o presente trabalho se prestará a elaborar um comparativo da atual definição e aplicação da tutela cautelar, discutindo algumas das nuances trazidas pelo Novo Código de Processo Civil.

Palavras – Chave: Introdução. Evolução histórica. Tutela cautelar. Conceitos. Peculiaridades. Tutela Cautelar no código de processo civil de 1973. Comentários sobre a Tutela Cautelar no projeto do novo Código de processo civil.

1. Introdução

Ab Initio, cumpre-nos entender e abordar a evolução da tutela cautelar.

Inicialmente, a tutela cautelar se via adstrita a uma definição que a tratava simplesmente como medida de urgência. Em um cenário mundial, a Itália se destacou pela elaboração científica e conceituação a respeito do tema.

O primeiro instituto que fazia menção à tutela cautelar surgiu na antiga Roma, pela aplicação de uma tutela interdital, que dependia de uma ordem de um *praetor* romano, considerado o administrador da justiça. Por esta tutela, impunha-se a obrigatoriedade de um modelo geral de comportamento a alguém, mediante requerimento de outra pessoa.

Esta tutela interdital poderia se perfazer em verdadeiros atos executórios, como no sequestro da coisa litigiosa, que seria depositada nas mãos de terceiro imparcial, enquanto a causa estivesse pendente.

Passada a clássica concepção romana, inclui-se o uso da sumariedade dos interditos supra em questões relativas às possessórias, e, em parte da Europa (da Espanha à Alemanha), a partir do século XIII. Tais medidas

¹ O autor é graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo e Aluno da Pós Graduação *Latu Sensu* com foco em Direito Civil e Direito Processual Civil pela mesma Instituição.

já abordavam os fundamentos basilares das medidas cautelares, quais sejam o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

É bem verdade que os instrumentos referentes à tutela cautelar, acima apresentados, evoluíram significativamente, bem como foram sucedidos por novas medidas e institutos do Direito. Entretanto, nota-se que nos primórdios do Processo Civil, como alhures apresentado, já que vislumbrava ao menos um rascunho do que é a tutela cautelar atual.

Portanto, a tutela cautelar emanou-se da necessidade de garantir um determinado direito material, enquanto previsão estabelecida por pacto entre as partes com a finalidade de garantir o efetivo cumprimento de obrigações.

No Brasil tínhamos o revogado Código de Processo Civil de 1939, que disciplinava uma tutela cautelar inominada considerada excelente e, muito provavelmente melhor do que a trazida pelo Código de Processo Civil de 1973.

Houve, com a promulgação deste diploma legal a descoberta da tutela cautelar, desencadeando um movimento de ampliação de sua aplicabilidade prática.

Na verdade, tínhamos tanto no sistema anterior como no atual, conforme veremos ao longo da exposição, uma forma genérica de tutela urgente, na grande maioria dos casos, satisfativa, semelhante à tutela interditas ou à tutela monitória, pois o direito italiano, que tem inspirado nosso legislador não pratica uma forma de tutela processual realmente assecurativa (não-satisfativa) do direito.

A identificação entre “medidas cautelares” e “antecipatórias” – que constitui o núcleo da doutrina de CALAMANDREI – jamais foi superada pelos processualistas italianos.

A expansão das formas de tutela urgente, verificadas em nosso direito a partir do vigente código de processo civil, tem correspondido mais ao crescimento das tutelas urgentes satisfativas do que propriamente de uma forma de tutela atípica de simples segurança. (DA SILVA, 2000, p. 21/22)

A evolução no pensamento a respeito da tutela cautelar no Brasil se deu principalmente pelos eventos sociais e históricos, bem como fatores normativos de grande importância que despertaram interesse e necessidade pela busca de uma tutela urgente.

A contribuição oferecida pelo próprio Código de Processo Civil de 1973 para expansão da tutela de urgência (cautelar ou não) tem duas causas principais: a primeira delas foi desejada pelo legislador e está representada pela importância e dignidade que o Código emprestou ao processo cautelar, destacando-o para formar um livro especial, com

cerca de cem artigos, contra os apenas treze existentes no Código anterior (DA SILVA, 2000, p. 22)

A tutela de urgência teve extraordinário crescimento também em razão de uma opção do legislador, isto porque este teve a intenção de retirar do chamado procedimento ordinário todas as formas de manifestação de atividade jurisdicional executiva, de modo que o Código de 1973 abrangeu e, separadamente, abordou os institutos pelo legislador como executórios.

Nesse ínterim, verifica-se que o processo cautelar expandiu-se no Brasil seguindo uma lógica implantada no próprio sistema legal implantado no país, como dispõe raciocínio trazido por Ovídio A. Baptista Silva:

(...) Se o juiz não puder conceder jamais medidas liminares porque o processo de conhecimento, por definição, não contém execução simultânea com a cognição, então o modo como os juristas práticos conseguem superar essa dificuldade, “desordinarizando” o emperrado procedimento ordinário, fica reduzido exclusivamente ao emprego do processo cautelar, como via alternativa de sumarização das demandas satisfativas que exijam tratamento urgente, incompatível com a ordinaryidade. (DA SILVA, 2000, p. 24)

Raciocínio brilhante este que justifica, ou ao menos aponta razões pelas quais tanto se fala das medidas “cautelares-satisfativas”, sem desenvolver juízo de valor a respeito da adequação da terminologia empregada para tais medidas.

No panorama atual apresentado pelo Código de Processo Civil vigente, quando os órgãos jurisdicionais não dispõem de um meio eficaz para garantir a conservação do estado de coisas, pessoas entre outros, há necessidade de alguma prestação jurisdicional apta a evitar que uma prestação, ou mesmo um direito caia no vazio, ou mesmo torne-se provimento inútil, ineficaz e inócuo.

Esta prestação jurisdicional (tutela cautelar) torna-se dependente de um processo cautelar como um *tertium genus*, dotado de funções de conhecimento e execução, pautado por um elemento determinante, qual seja, a prevenção.

O processo cautelar, deste modo não seria apenas um instrumento apto a garantir a tutela cautelar, mas sim garantir e defender os interesses do

Estado em oferecer uma jurisdição apta a garantir tutela efetiva, adequada e tempestiva que se consubstanciará em um processo principal.

(...) no momento em que o Estado oferece a tutela cautelar à parte, não se tem ainda condições de apurar com segurança, se seu direito subjetivo material realmente existe e merece tutela definitiva do processo de mérito. Esse reconhecimento só será possível depois de uma cognição plena que o processo principal virá ensejar. Assim, ao eliminar uma situação do perigo que envolve apenas um interesse do litigante, o processo cautelar está, acima de tudo, preocupado em assegurar que o resultado do processo principal seja, em qualquer hipótese, útil e consentâneo com a missão que lhe atribuiu. (Theodoro Júnior, 2012, p. 505).

Vê-se que o processo cautelar destina-se a assegurar um resultado efetivo a um processo, sendo determinante à jurisdição, à medida que garante a ela predicados de efetividade.

Neste íterim, em um raciocínio sobre a tutela cautela, este trabalho abordará a situação atual das cautelares no sistema processual brasileiro vigente bem como abordará as nuances e facetas da tutela cautelar no novo código de processo civil.

2. Conceitos e Peculiaridades da Tutela Cautelar

Muito se discute se a tutela cautelar é uma espécie de proteção jurisdicional à medida que visa tutelar mera aparência de direito em situação de urgência e envolvimento de situação especial que, colocado em estado de risco, tem potencial de gerar dano iminente; ou trata-se de apenas um “processo do processo”, ou seja, se presta a garantir e efetivar a própria tutela jurisdicional, em vistas a avaliar sua adequação, tempestividade e efetividade.

Assim, em um primeiro raciocínio, a tutela cautelar por si só protege um direito, o exercício a um direito ou a efetividade de um direito pleiteado. Faz-se mister estabelecer frente ao caso concreto o interesse jurídico que é ameaçado por dano iminente e que, por assim ser, depende de proteção cautelar.

Em geral, entende-se, a partir de CHIOVENDA, que a tutela não seja um direito da parte, e sim um “direito do Estado” (instituições, vol. I, n.82) em preservar o imperium iudicis, de modo que a seriedade e a eficiência da função jurisdicional não se transforme numa simples ilusão (CALAMANDREI, Introduzione..., p. 144).

Segundo essas premissas, a tutela cautelar desempenharia uma função de proteção do processo e não do direito, caracterizando-se como “instrumento do instrumento”. Como depois dissera DINAMARCO, a tutela cautelar, além de representar um instrumento de proteção do processo, “não vai ao direito material”. Para essa doutrina é fenômeno que nasce e morre com o processo principal, do qual é sempre acessório e dependente. (DA SILVA, 2000, p.49)

Nesta linha de pensamento, considera-se a instrumentalidade algo inapto a definir esta faceta da prestação jurisdicional. Invoca-se aqui, sobremaneira, a proteção do direito propriamente dito como prerrogativa essencial.

Como temos mostrado, o sentido de instrumentalidade atribuído à tutela cautelar é um elemento conceitual imprestável para definir o que seja esta espécie de proteção jurisdicional. Em primeiro lugar, porque a utilização de alguma coisa como instrumento pressupõe uma atividade humana orientada para um fim. O agente que se serve do instrumento pode utilizá-lo para finalidade muito diferente daquela para a qual ele foi criado. É possível dizer que a enxada é um instrumento utilizado pelo agricultor para cultivar a terra. Isto estaria certo, mas nada impede que o agricultor se valha da enxada como instrumento para ferir alguém. O arsênico pode ser utilizado tanto como medicamento quanto como veneno. Qual será, porventura, a função instrumental do arsênico? (DA SILVA, 2000, p. 49)

Como se vê, em raciocínio crítico, não se poderia denominar a tutela cautelar como instrumento do instrumento haja vista que se trata de tutela específica destinada a conceder ao juiz prerrogativas tais que lhe permite adotar medidas aptas a conservar futuro exercício de direito baseado em cognição sumária.

CALAMANDREI sustentava a ideia de que haveria na tutela cautelar uma “instrumentalidade hipotética”, inspirado nas ideias de CHIOVENDA. Deste modo, a tutela cautelar e suas funções se equiparariam a uma verdadeira “polícia judiciária”, à medida que criada pela lei para que o juiz estivesse armado

com instrumento destinado a salvaguardar o *imperium iudicis*, impedindo que a justiça se tornasse vazia e inócua. (DA SILVA, 2000, p. 51)

Na contramão do raciocínio crítico apresentado alhures e, vastamente aceito e aplicado no Direito brasileiro, a tutela cautelar é, sim, considerada instrumento de um processo, como se verá a seguir.

As prestações jurisdicionais atuais, viciadas pelo vasto lastro temporal que demandam para a solução de um simples conflito de interesses, carecem de mecanismo, ou mesmo providencia que se destine a proteger o próprio processo e seu resultado efetivo.

Como leciona Humberto Theodoro Júnior:

Se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estado último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio ou de transformar-se em provimento inócuo e inútil. (Theodoro Júnior, 2012, p. 504)

Ora, não restam dúvidas de que o transcurso do tempo exigido pelo trâmite processual pode acarretar ou ensejar sérias variações e riscos às pessoas ou coisas envolvidas em uma lide.

Sendo assim, surge o processo cautelar, envolvendo a tutela cautelar, como um *tertium genus*, como nova face da jurisdição.

Para que a reintegração do direito por via jurisdicional pudesse ser eficaz e tempestiva, seria necessário que o conhecimento e a execução forçada intervissem instantaneamente, de modo a colher a situação de fato tal como se apresentava no momento em que a atividade jurisdicional foi invocada. Mas a instantaneidade do provimento jurisdicional de mérito não é possível na prática, porque o desenvolvimento das atividades indispensáveis para a declaração e a execução reclama tempo; assim, há o perigo de que, enquanto os órgãos jurisdicionais operam, a situação de fato se altere de tal modo que torne ineficaz e ilusório o provimento.

Por essa razão acrescenta-se ao conhecimento e à execução – pelos quais a jurisdição cumpre o ciclo de suas funções principais – uma terceira atividade, auxiliar e subsidiária, que visa assegurar o êxito das duas primeiras: trata-se da atividade cautelar desenvolvida através do processo que toma o mesmo nome. Seu resultado específico é um provimento acautelatório. (Cintra, Grinover e Dinamarco, 2007, p. 339)

Deste modo, ambos os processos (principal e cautelar) contornam a lide, mas enquanto a lide se apresenta como destino máximo final da prestação

jurisdicional e a tutela cautelar com função auxiliar e subsidiária, como verdadeiro instrumento de garantia de um processo principal.

3. REQUISITOS ESPECÍFICOS DA TUTELA CAUTELAR

A relação cautelar vigente no sistema processual atual envolve diversos requisitos e elementos subjetivos relevantes à nossa análise.

Nosso Código de processo civil aborda as cautelares classificando-as em duas importantes vertentes.

A primeira diz respeito às cautelares típicas (nominadas) ou cautelares atípicas (inominadas). Aquelas são reguladas sob denominação “procedimentos cautelares específicos”, previstos no Capítulo II, Livro III do código de processo civil de 1973. Em contrapartida, as cautelares atípicas são aquelas derivadas do poder geral de cautela conferido ao magistrado, pelo qual o magistrado, mesmo não estando presentes todos os requisitos das cautelares nominadas, pode conceder e efetivar uma tutela cautelar em nome da proteção da jurisdição, como segue (Theodoro Júnior, 2012, p. 509):

Art.798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

A respeito desta classificação dúplice, mister faz-se a citação do ilustre professor Marcello Soares Castro em sua obra “Tutela de urgência e tutela da Evidência: Limites e possibilidades de um regime único:

Consideramos que a disciplina conferida à tutela de urgência cautelar no CPC de 1973 é de uma racionalidade positiva, disposta nos arts. 796 a 889 do CPC. É a tutela de urgência cautelar pautada na plausibilidade do direito, nos efeitos negativos do tempo no processo e na existência de fundado receio de lesão grave ou difícil reparação. Além de estar devidamente estruturada – com a disposição – disponibilizou-se um rol de cautelares específicas que cobriam considerável parcela das situações que exigiam uma proteção urgente, mas que o legislador não poderia prever, proporcionou-se o manejo de uma tutela de urgência cautelar inominada, adaptável às exigências da realidade.

Ainda, outra classificação doutrinária emana das espécies de medidas cautelares vigentes, que são as consideradas preparatórias ou incidentais. As medidas cautelares preparatórias, conforme nomenclatura do artigo 800 do CPC, são as que antecedem a propositura da ação principal: “As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer a ação principal”. Quando nomeadas incidentais, surgem no curso do processo principal, como verdadeiros incidentes dele (Theodoro Júnior, 2012, p. 510).

Para efetivamente alcançar uma providência de natureza cautelar, há basicamente dois requisitos: a) um dano potencial, que nada mais é que um risco que corre o processo principal de não ser útil à prestar tutela de interesse à parte, em razão do risco de perecimento da coisa almejada pelo decurso do prazo; b) plausibilidade do direito invocado pela parte em juízo de cognição sumária.

Ambos estes requisitos são amplamente estudados e recebem as seguintes nomenclaturas, “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”.

O *fumus boni iuris* é traduzido pela demonstração cabal da existência do direito material em risco, ou seja, para merecimento de uma tutela cautelar, o direito em risco deve mostrar-se como interesse amparado por elementos que de *prima facie* possam formar uma opinião de credibilidade por sumariedade.

Não se pode, bem se ve, tutelar qualquer interesse, mas tão somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo principal. Assim, se da própria narração do requerente da ação cautelar, ou da flagrante deficiência do título jurídico em que se apoia sua pretensão de mérito, conclui-se que não há possibilidade de êxito para ele na composição definitiva da lide, caso que não é de lhe outorgar a proteção cautelar. Mesmo porque quando da narração dos fatos não decorre, logicamente, a conclusão pretendida pelo autor, sua petição inicial, no processo de mérito, é inepta e deve liminarmente ser indeferida (CPC art. 295, parágrafo único, nº II).

Ora, sendo inviável o processo principal, não se concebe possa deferir-se a tutela cautelar, cujo objetivo maior é precisamente servir de instrumento para melhor e mais eficaz atuação do processo de mérito (v. retro, v. I, nº 355). (Theodoro Júnior, p. 514)

Algo aparentemente óbvio é que o *fumus boni iuris* não fornecerá certeza das alegações. E esta falta de certeza está diretamente atrelada à concessão de tutela cautelar, porque baseada em cognição sumária.

O juízo de simples verossimilhança desempenha, na verdade, uma função de relevância mais profunda, relativamente à tutela cautelar e, de um modo geral, com relação a todo o fenômeno jurisdicional. Pode-se dizer que o juízo de probabilidade do direito para cuja proteção se invoca a tutela assecurativa (cautelar) é não apenas pressuposto, mas igualmente exigência desta espécie de atividade jurisdicional. Com efeito, a proteção não apenas pressupõe a simples aparência do direito a ser protegido, mas exige que ele não se mostre ao julgador como uma realidade evidente e indiscutível. Quer dizer, a tutela cautelar justifica-se porque o juiz não tem meios de averiguar, na premência de tempo determinada pela urgência, se o direito realmente existente (DA SILVA, 2000, p. 77)

O *periculum in mora* representa a demonstração clara de fundado temor de que esperar pela tutela definitiva venha gerar circunstâncias que possam ser completamente desfavoráveis à própria tutela almejada.

Há, portanto, um interesse processual em obter uma justa composição do litígio para uma tutela efetiva, adequada e tempestiva.

Entretanto, receio fundado não é aquele gerado por simples estado de espírito do requerente, mas relaciona-se a situação objetiva e demonstrada por fato concreto. Daí emana a ideia de que todo receio fundado apto a garantir de tutela cautelar deva ser considerado irreparável ou de difícil reparação como consequência da demora processual.

Essa irreparabilidade ou problemática reparabilidade pode ser aferida tanto do ponto de vista “objetivo” como do “subjetivo”. No primeiro caso, é de considerar-se irreparável, ou dificilmente reparável, o dano que não permita, por sua natureza, nem a reparação específica nem a do respectivo equivalente (indenização).

Do ponto de vista subjetivo, é de admitir-se como irreparável ou dificilmente reparável o dano, quando o responsável pela restauração não tenha condições econômicas para efetuar-la. (Theodoro Júnior, 2012, p. 516)

Em contrapartida, deve ser considerado “grave” todo dano que, caso ocorra, irá ocasionar supressão total, ou mesmo inutilização, senão total, ao menos de grande parte do interesse almejado e que se busca fazer prevalecer na solução da lide exarada no processo principal.

Tais requisitos acima expostos são indispensáveis à percepção de medidas cautelares, sejam elas típicas ou atípicas, de modo que, configurando-se cautelar típica, o juiz deve aplicá-la. Em se tratando de medida cautelar atípica, o juiz poderá utilizar-se de seu poder geral de cautela com discricionariedade em nome da proteção da jurisdição.

4. Comentários sobre a Tutela Cautelar no Novo Código de Processo Civil

As considerações brevemente apontadas alhures, não necessariamente estarão presentes no novo código de processo civil. Importantes alterações e, de certo modo, inovações serão trazidas em vistas a otimizar o procedimento cautelar.

No projeto do Novo Código de Processo Civil não há subdivisão das medidas cautelares em procedimentos específicos. Os juristas elaboradores do projeto consideravam que havia a necessidade de trazer às mãos dos magistrados a responsabilidade de concessão da tutela necessária a proteger e garantir a situação de fato e de direito apresentada com discricionariedade.

Não há, portanto, como erroneamente muitos dizem, supressão das medidas cautelares.

Apesar de o projeto do novo Código de Processo Civil (PL 166/10) não abordar separadamente as medidas cautelares, há, sim, previsão de obrigação do Judiciário em conceder tutela ao direito de um dos litigantes quando houver fundado receio de que seja grave lesão ou mesmo difícil reparação, como aduz o artigo 295 do referido Projeto de Lei:

Art. 295. A tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.
Parágrafo Único. A tutela antecipada pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Há, portanto inserção das antigas medidas cautelares no texto referente à tutela antecipada que podem, vide descrição legal, fundar-se em urgência ou evidência.

Em uma análise mais cuidadosa, pode-se dizer que o texto miscigena tutela antecipatória e tutela cautelar, como se demonstra no seguinte trecho referente às tutelas de urgência.

Art. 301. A tutela antecipada de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

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

§ 2º A tutela antecipada de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela cautelar antecipada pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

A previsão acima exposta como tutela antecipada demonstra verdadeira “confusão conceitual”, à medida que a tutela antecipada atual (no CPC vigente) é aquela que não pode esperar por uma prestação jurisdicional ao final de um processo em razão da própria natureza do direito invocado, à medida que é proteção provisória imediata pois que, se não se pode esperar, o remédio cabível é antecipar-se.

Em contrapartida, temos atualmente uma tutela cautelar que exige a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, isto porque busca acautelar-se um dano irreparável ou de difícil reparação que poderia atingir o próprio direito almejado caso não houvesse uma tutela acautelatória que garantisse uma futura reparação.

Deste modo, esta seria simplesmente temporária, posto que, caso positivada pelo magistrado, seria apenas meio de evitar a infrutuosidade de uma futura tutela jurisdicional. Aquela, como dito, é tutela provisória, e que, caso positivada em sentença, se converterá em definitiva.

Teresa Arruda Alvim Wambier, utilizando critérios objetivos, extraídos das finalidades das tutelas de urgência, distingue exatamente as modalidades de caráter satisfativo e acautelatório. Escreve com lucidez que “a função da tutela antecipatória é a de tornar a prestação

jurisdicional efetiva”, ao passo que, “a função da tutela cautelar é a de gerar tutela jurisdicional eficaz”. (WAMBIER, 1997, p. 533)

Além disso, tem-se que é cristalino a todos que a tutela de urgência na modalidade cautelar é uma tutela de segurança, que visa viabilizar uma tutela satisfativa do direito material, enquanto a tutela antecipatória é mesmo a tutela invocada, concedida com base em cognição sumária (MARINONI, 2010, p. 87)

Assim, por mais que os conceitos atualmente vigentes apontem para uma análise mais detalhada e morosa a respeito das tutelas de urgência, em raciocínio crítico, há que se ter muito cuidado a respeito desta confusão conceitual trazida pelo projeto. Isto porque há um risco de sumarização exagerada da tutela antecipada no processo civil brasileiro, sendo esta estendível à tutela antecipada satisfativa e antecipada cautelar.

Noutra ótica, há que se ressaltar que o projeto do novo Código de Processo Civil extingue a antiga discussão a respeito da possibilidade da existência das chamadas “*cautelares satisfativas*”.

Esta problemática emana principalmente quando analisadas as cautelares de produção antecipada de provas, que se presta a garantir a prova a ser utilizada em processo de conhecimento diante do risco de perdê-la com o passar do tempo.

Como brilhantemente lecionam Fredie Didier Jr e Paula Sarno Braga:

De um lado, como Luiz Fux e Nelson Nery Jr, e alguns julgados de nossos tribunais defendem que a produção antecipada de provas seria tipicamente cautelar, pressupondo, portanto, o perigo da demora, até porque os arts. 847 e 849 do CPC/73 o exigem.

De outro lado, há aqueles que sustentam que, independentemente da exigência de perigo, tais ações devem ter preservada a sua cautelaridade. E isso seria possível, como sugere Daniel Assumpção Neves, a partir de uma leitura ampla do conceito de perigo da demora. Nessa linha, defende-se que essa noção não se refere única e exclusivamente à prova em risco, visando preservá-la; diz respeito também, àquela cuja produção municiará o autor de elementos minimamente necessários para o ajuizamento da ação principal admissível.

(...) junto a isso não se pode deixar de mencionar a opinião de Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no sentido de que, malgrado cautelares, essas ações probatórias podem assumir natureza satisfativa. Para os autores há casos em que a prova satisfaz e não simplesmente assegura a pretensão do requerente (DIDIER JR e BRAGA, 2013, p. 19/20)

Nota-se, portanto a vasta discussão e abordagem a respeito do assunto, brilhantemente finalizada pelos autores:

A visão que parece mais apropriada, entretanto, é no sentido de que ambas as medidas – produção antecipada de provas e justificação – não são propriamente cautelares e não pressupõem, necessariamente, a demonstração do perigo da demora (urgência) para serem admissíveis. São, pois, satisfativas do chamado direito autônomo à prova, direito este que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária. (DIDIER JR e BRAGA, 2013, p. 20/21)

O projeto do novo CPC, quando separa medidas satisfativas das cautelares, em seu artigo 295, deixa claro e evidente que tais medidas são distintas e se separam.

Sobremaneira, em razão desta separação, no projeto do novo CPC a Tutela antecipada pode ser concedida nos procedimentos especiais sem a necessidade de requisitos específicos, desde que haja respeito às exigências do artigo 295 e seguintes.

Em razão disso, o princípio da adstrição, definido pela restrição do magistrado aos limites do pedido bem como da causa de pedir para tutela antecipada satisfativa e cautelar deve ser aplicado com mais rigor.

Tem-se, portanto, que na tutela antecipada satisfativa, o juiz estaria completamente vinculado ao pedido. Noutra análise, na tutela antecipada cautelar, por ser mera cautela poderia ser concedida de ofício e com medidas discricionárias para a inocorrência de perecimento de direito.

5. Considerações Finais

Como se nota, o Brasil passou por constantes evoluções sociais que culminaram em grandes alterações legislativas. Caminhamos para mais uma delas, o novo Código de Processo Civil.

Em que pese o raciocínio crítico apresentado e os muitos outros pontos discutíveis no projeto do novo código de processo civil, há que se mencionar que o legislador pugnou pelo aprimoramento de alguns institutos.

Quando tratamos de tutela cautelar, destaca-se que busca garantir a jurisdição, de modo a consolidar um prestação de tutela efetiva, adequada e tempestiva.

Não se pode dizer que o projeto do novo Código de Processo Civil acaba com eventuais mazelas e discussões e respeito dos institutos processuais civis.

O que se busca, frente às evoluções sociais e tecnológicas, bem como frente à realidade social e jurídica pátria é adaptar os procedimentos judiciais de modo a, de fato, atender aos pontos levantados acima (garantir uma tutela efetiva, adequada e tempestiva).

Verifica-se, portanto, que, por mais que em um prisma conceitual haja inconsistências, a prática da tutela antecipada (gênero), mais precisamente em seu sub-ramo tutela cautelar, no novo Código de Processo Civil, foi abordada pelo legislador de modo a promover uma sumarização do procedimento, adaptando o direito à realidade do judiciário e da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Código de Processo Civil de 1939**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>> Acessado em: 08 de Junho de 2014.

_____**Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>> Acessado em 10 de Junho de 2014.

_____**Projeto do Novo Código de Processo Civil, PL 166/10**. Disponível em: [HTTP.migalhas.com.br/arquivos/2014/3/art20140326-01.pdf](http://migalhas.com.br/arquivos/2014/3/art20140326-01.pdf)> Acessado em 10 de Junho de 2014.

CIANCI, Mirna. **Tutela Antecipada no Projeto do CPC**, Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184301,61044Tutela+antecipada+n+o+projeto+do+CPC>, Acessado em 10 de Junho de 2014-09-14

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrinni, DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. **Revista de Processo**. São Paulo. Revista do Tribunais, 2013.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de Processo Civil**: 2. Ed. São Paulo. Revista do Tribunais, 2010.

THEODORO JR, Humberto; **Curso de Direito Processual Civil**. Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgencia, 47. Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

WAMBIER, Theresa Arruda Alvim. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**, São Paulo, Revista do Tribunais, 1997.