

DA NATUREZA MANDAMENTAL DA TUTELA PROVISÓRIA CAUTELAR¹

THE MANDATORY NATURE OF PROVISIONAL PROTECTIVE MEASURES

Renata Christiana Vieira Maia²
Fernando Gonzaga Jayme³

Resumo

No presente artigo procuramos demonstrar que, pela técnica diferenciada da entrega da prestação jurisdicional, o cumprimento da decisão proferida quando presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência de natureza cautelar, não há necessidade de instaurar o procedimento incidente de cumprimento provisório de sentença. Uma vez que, a decisão do juiz é de natureza mandamental e deve ser cumprida da forma como determinada, devendo o magistrado, na decisão concessiva da tutela cautelar, já determinar medidas adequadas para evitar possíveis danos a situação jurídica em discussão no processo. Concluímos que a decisão concessiva da tutela cautelar é mandamental, até porque, seria um contrassenso dar um poder geral de cautela ao magistrado, de um lado, e, de outro, limitar a efetividade, a exequibilidade da ordem do mandamento contida em sua decisão. Logo, a decisão concessiva da tutela provisória cautelar traz em si a carga de mandamentalidade e, portanto, auto executiva. E não sendo esta cumprida, incidirão os ônus impostos pelo magistrado tais como são as medidas indutivas, coercitivas e mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Técnicas de Tutelas Diferenciadas. Tutela de Urgência Cautelar. Ordem Mandamental.

Abstract

In this paper, we aim to demonstrate that, due to a judicial technique called *técnicas de tutelas diferenciadas*, when all legal standards required for an urgent injunctive relief are present, it is not necessary to initiate an incidental provisional judgement execution. Since a judge's decision has a mandatory nature and must be observed as determined, the magistrate must, in his decision that grants a protective custody, determinate adequate measures to avoid possible impairs to the legal situation discussed in the case. We conclude that the decision which defers a protective measure has a mandatory nature, since it would be contradictory to render the magistrate a general protective power by one side and, by the other, to limit the effectiveness of his decision. Therefore, this decision is mandatory and has the capacity to be self executed. If not observed, there will be legal consequences imposed by the judge, like *inductive*, coercive and mandatory or subrogatory measures, needed to ensure the compliance of the judicial order.

Keywords: Access to Justice. *Técnicas de Tutelas Diferenciadas*. Injunctive relief. Mandatory order.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Tempo – Celeridade, Duração Razoável do Processo. 2.1 Da Tutela provisória como espécie de tutela diferenciada. 2.2 Da adequação da tutela provisória de urgência no CPC/2015. 3 Da Tutela Provisória de Natureza Cautelar. 3.1 Da referibilidade. 3.2 Dos Requisitos para a concessão da tutela provisória baseada na urgência. 4. Da Decisão da Tutela Provisória. 4.1 Da força executiva da decisão provisória. 5 Conclusão. Referências.

¹ Artigo originalmente publicado como capítulo de livro em: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira. Da Natureza Mandamental da Tutela Provisória Cautelar. In: MAIA, Renata C. Vieira; JAYME, Fernando Gonzaga; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; LANNA, Helena. (Org.). *Inovações e Modificações do Código de Processo Civil - Avanços, desafios e perspectivas*. 1ed. v. 1. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2017, p. 203-218.

² Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Graduada e Mestra em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professora Adjunta da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Diretora da DAJ – Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG. Conselheira-Geral do IDPro – Instituto de Direito Processual. *E-mail:* renatacvmaia@hotmail.com

³ Diretor da Faculdade de Direito da UFMG. Professor Associado de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFMG. Advogado. Conselheiro Seccional da OAB/MG. Membro do Comitê Técnico Científico do Parque Tecnológico BHTEC. Membro do Conselho Estadual de Direitos Humanos. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999 e 2003). *E-mail:* fjaymeadv@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

O tempo de duração do processo, além de ser universal, é uma preocupação multissecular.⁴ O tempo é um fator crucial para o processo, sobretudo, nos dias atuais em que as distâncias são encurtadas pelos meios tecnológicos. O *e-mail* e o *WhatsApp*, por exemplo, exterminaram os velhos meios de comunicação. Os atuais meios tecnológicos permitem contato em tempo real por pessoas que se encontram separadas até mesmo por continentes. E, não obstante a evolução dos meios de comunicação, que permitem conversas em tempo real e respostas em tempo real, o mesmo não ocorreu com o processo, que continua moroso, em que não é raro encontrar processos que já tramitam por longos e exaustivos anos. O que causa maior angústia em plena era tecnológica.

O homem sempre se esforçou por controlar o tempo,⁵ refletindo-se no Direito a necessidade de superá-lo, como forma de atenuar e minorar suas angústias, suas dores e sua impotência, para ter a tão almejada felicidade e paz. E o processo moroso agrava ainda mais a dor dos inocentes, como afirmava Piero Calamandrei.⁶

As técnicas de tutelas diferenciadas surgem como forma de atenuar o tempo que leva o transcurso do processo até a efetiva e plena satisfação do direito. Por meio delas é possível, através da cognição sumária, assegurar, ainda que provisoriamente, o resultado útil equivalente da pretensão discutida no processo, tal como é a tutela provisória de urgência e de evidência prevista no vigente Código de Processo Civil – CPC/2015 (Lei 13.105/2015).

A tutela provisória baseada na urgência (cautelar e a antecipada) e na evidência busca minimizar, atenuar, expurgar os males que o tempo de duração do processo podem causar à parte que tem razão,⁷ mas cujo accertamento do direito ou a exigência da obrigação ainda não é possível. Razão porque a decisão proferida pelo juiz em grau não exauriente assume uma carga de exequibilidade, por antecipar ou assegurar a efetiva satisfação do direito, antes mesmo do provimento final.

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise desta carga de coercibilidade e mandamentalidade inerente à decisão provisória proferida pelo juiz, procurando verificar o sentido do que se encontra disposto no parágrafo único do artigo 297 do CPC/2015, da qual para a efetivação da tutela provisória serão observados, no que couber, as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença. Analisar-se-á se, para a efetivação da tutelar cautelar,

⁴ MOREIRA, 2004, p. 29.

⁵ CARNELUTTI, 2006, p. 51.

⁶ CALAMANDREI, 2006, p. 97.

⁷ “O processo, portanto, é instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem”. MARINONI, 2002, p. 17-18.

é preciso requerer o cumprimento da decisão de tutela provisória por meio do cumprimento provisório.

2 TEMPO – CELERIDADE, DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Um ponto se tornou consenso entre os processualistas, qual seja: “não se pode reconhecer como processo devido aquele excessivamente demorado”.⁸ E tanto é que, não obstante a previsão constitucional (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição) de que a todos, seja no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, restou consignado no artigo 4º do CPC/2015 que as partes, no processo, têm o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do seu direito, incluída a atividade satisfativa.

E, procurando evitar que o tempo do processo cause danos à parte que, ainda que em grau de probabilidade, tenha razão, é que existem as tutelas diferenciadas, sejam as baseadas na urgência, como as na evidência, cujo propósito é “evitar os prejuízos da demora da prestação jurisdicional e assegurar a efetividade da tutela jurídica prometida pela Constituição”.⁹

A principal finalidade das tutelas diferenciadas, tal como é a tutela provisória, é a de evitar, abrandar, minimizar, atenuar os malefícios que o tempo de duração do processo possa trazer ao jurisdicionado, proporcionando e garantindo a efetividade da jurisdição.¹⁰

2.1 DA TUTELA PROVISÓRIA COMO ESPÉCIE DE TUTELA DIFERENCIADA

É tutela provisória porque contrapõe a tutela definitiva. E, portanto, não há se confundir provisoriedade com temporário. “*Temporário*, em verdade, é o que dura determinado tempo. *Provisório*, porém, é o que, por algum tempo, serve até que venha o ‘definitivo’”.¹¹

⁸ THEODORO JR., 2008, p. 130.

⁹ THEODORO JR., 2008, p. 135.

¹⁰ Nesse sentido: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 567; THEODORO JR., 2015, p. 597; MITIDIERO, 2011 in: JAYME; FARIA; LAUAR, 2011, p. 82.

¹¹ COSTA, 1953, p. 10. Dando como exemplo os andaimos que são temporários, e que também seriam definitivos, porque nada viria a substituí-los, ao passo que barracas utilizadas pelos desbravadores dos sertões seriam provisórias, porque serão substituídas, até melhor habitação. Afirmando que: “o provisório é sempre trocado por um definitivo”.

A tutela provisória, que não se confunde com temporária,¹² é uma tutela que será substituída ou não pela definitiva, o que vai depender do julgamento definitivo da demanda, que pode confirmá-la ou não, justificando-se a necessidade de que a tutela provisória não seja concedida quando houver possibilidade de sua irreversibilidade (§3º, art. 300, CPC/15).

A tutela provisória é espécie de tutela diferenciada, que é toda aquela que visa, por meio de técnicas¹³ e mecanismos¹⁴ próprios, eliminar os danos causados pelo tempo do processo. “A verdade de que não se pode fugir é a da necessidade de lutar contra os males do tempo sobre o processo, pelas vias da tutela diferenciada”.¹⁵ Ela é diferenciada porque é uma técnica que visa, em contraposição ao procedimento comum, que é de cognição plena e exauriente, assegurar o gozo de um bem ou direito, ou salvaguardar o seu gozo futuro por meio de uma cognição que se realiza de forma sumária ou não exauriente.

Dentre as técnicas diferenciadas, destacam-se no vigente Código de Processo Civil as tutelas provisórias de urgência (cautelares e antecipadas) e evidência, a ação monitória (baseada na evidência), dentre outras técnicas que visam inverter o *iter* procedimental, visando solucionar a crise do direito processual. No CPC/2015, tais técnicas se mostram mais evidentes e em grande número.

O papel da tutela diferenciada, como mecanismo de aceleração do procedimento, tem por objetivo solucionar a crise da demora da prestação jurisdicional, por meio de decisão provisória e não exauriente que tem por meta resguardar o direito lesado ou o seu proveito útil, porque visa suprir, eliminar, obstar, expurgar, atenuar, minorar, evitar, ainda que “provisoriamente os efeitos indesejáveis da demora na solução da tutela de urgência. Sua característica maior para com a celeridade, seria a provisoriedade, em contraposição à definitividade própria da tutela principal”.¹⁶

2.2 DA ADEQUAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA NO CPC/2015

¹² Nesse mesmo sentido, ver MITIDIERO, 2011 in: JAYME; FARIA; LAUAR, 2011, p. 75.

¹³ “Tanto urgência quanto evidência são aspectos considerados pelo legislador para construir técnicas processuais destinadas à adoção de determinadas medidas, cuja finalidade outra não é senão conferir maior efetividade à tutela final, na maioria das vezes sem solucionar a crise de direito material. Provisórias, portanto.” (BEDAQUE, 2015, p. 50)

¹⁴ “Tutelas diferenciadas” significa, em última análise, pensar na predisposição de mecanismos, no processo, que o tornem apto a cumprir, com maior eficiência, seu papel”. (ARMELIN, 1992, p. 45).

¹⁵ THEODORO JR., 2008, p. 146.

¹⁶ THEODORO JR., 2008, p. 131.

Dentre as muitas novidades do CPC/2015, foi louvável a unificação do provimento cautelar e antecipado num mesmo livro (Livro V da Parte Geral). Até porque, como bem há muito já advertira Cândido Rangel Dinamarco, “cautelares e antecipatórias são as duas faces de uma moeda só: elas são dois irmãos gêmeos ligados pelo veio comum que é o empenho em neutralizar os males do tempo-inimigo, esse dilapidador de direitos que falou Francesco Carnelluti”.¹⁷

Na doutrina pátria, há doutrinadores¹⁸ que reconhecem como válido e atual o entendimento de Piero Calamandrei,¹⁹ que não via qual o vício da tutela cautelar em assumir tanto a função conservativa como a antecipada, a depender do provimento concedido. José Roberto dos Santos Bedaque²⁰ e José Carlos Barbosa Moreira²¹ sempre defenderam o tratamento processual unitário entre as tutelas cautelares e antecipatórias.

Tal discussão doutrinária acabou despicienda, sobretudo depois que a Lei 10.444/2002 inseriu o § 7º ao art. 273 do CPC/1973, consagrando a fungibilidade²² entre providências cautelares e antecipatórias. Tanto que Humberto Theodoro Júnior²³ reconheceu à época que, desde a inserção da fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipação da tutela, “patenteou-se desde então a ausência de diferença substancial entre as duas modalidades da tutela de urgência, tanto que, por iniciativa do juiz, o pedido inadequadamente formulado pela parte em face de seus requisitos específicos pode ser acolhido com apoio em satisfação dos requisitos de outra modalidade preventiva”.

Se, desde a citada lei de 2002, tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada foram alçadas, por força legal, a espécies de um mesmo gênero, não haveria razão para que o Código de Processo Civil de 2015 as tratasse de forma diferente. E, em boa hora e por meio da técnica adequada, ambas as tutelas provisórias, tanto a de urgência (cautelar²⁴ e antecipada) como a de evidência, mereceram um tratamento unitário. E a razão para que tal se desse é dada por José Roberto dos Santos Bedaque,²⁵ um dos membros integrantes da comissão que ajudou na elaboração do anteprojeto da lei do Código de Processo Civil, qual seja: “eliminar discussões acadêmicas sobre a natureza da antecipação provisória de efeitos da tutela jurisdicional”.

¹⁷ DINAMARCO, 2009, p. 49.

¹⁸ Nesse sentido ver, BEDAQUE, 2003, p. 303 e MOREIRA, 2003.

¹⁹ CALAMANDREI, 1936.

²⁰ BEDAQUE, 2003.

²¹ MOREIRA, 2003, p. 257-258. Nos anos 90, citado doutrinador expressou sua preocupação ao ver que a doutrina pátria procurava a todo custo distinguir a tutela provisória cautelar e a tutela provisória satisfativa. Para ele, “a preocupação, intensa em setores doutrinários, de estabelecer critérios rigorosos de distinção entre as medidas cautelares e as antecipatórias” seria exagerada.

²² Fungibilidade esta que também se encontra presente no CPC/2015 (§ único, artigo 305).

²³ THEODORO JR., 2008, p. 136.

²⁴ A cautelar, com o CPC/2015, deixou de ser um terceiro gênero, como assim era disciplinado no CPC/1973.

²⁵ BEDAQUE, 2015, p. 137.

A opção legislativa²⁶ foi a de unificar as tutelas de urgência de natureza cautelar e antecipada, como espécies do gênero: tutela provisória, de cognição não exauriente, superficial, limitada ou parcial. As tutelas provisórias (tanto as de urgência, como de evidência) visam antecipar os efeitos da tutela definitiva e se dividem em satisfativas, que pode ser concedida com base na urgência (art. 294 e arts. 303 e ss. do CPC/2015) ou na evidência (art. 294 e art. 311 do CPC/2015); e cautelares, conservativas, em que sempre será necessária a demonstração da urgência (arts. 294, 300 e 301 do CPC/2015).

De acordo com a definição de Kazuo Watanabe,²⁷ a tutela provisória é aquela em que prevalece, no plano horizontal, em que se analisa a extensão da cognição, a sua sumariedade, ao contrário da decisão definitiva, que é plena. E, no plano vertical, em que se analisa a profundidade da cognição, a tutela provisória se enquadra como superficial, enquanto as definitivas são exaurientes.

3 DA TUTELA PROVISÓRIA DE NATUREZA CAUTELAR

No vigente Código de Processo Civil, como acima visto, embora a opção do legislador tenha sido a de unificar as tutelas provisórias como parte de um único gênero, prevaleceu a sua distinção em espécies, tutelas de urgência (cautelar e antecipada) e evidência, embora sejam elas caracterizadas pela provisoriedade, sumariedade e precariedade. O traço distintivo entre as tutelas provisórias baseadas na urgência (cautelar e antecipada) reside não só no seu objeto,²⁸ como no fato de que a tutela cautelar tem uma característica que lhe é peculiar, qual seja, a referibilidade.

A tutela provisória de urgência de natureza cautelar visa assegurar o direito, jamais satisfazê-lo (como é o caso das antecipadas, satisfativas). A cautelar visa assegurar a eficácia futura do provimento definitivo da tutela satisfativa, mas com esta não se confunde, vez que tem ela a finalidade de assegurar o resultado útil do direito acautelado; sua finalidade é meramente conservativa.

²⁶ Note-se que a opção legislativa, no entanto, não consagrou o entendimento esposado por José Carlos Barbosa Moreira e José Roberto dos Santos Bedaque, preferindo fazer uma distinção das tutelas provisórias baseadas na urgência em cautelares, que mantêm a sua finalidade conservativa, e as antecipadas, satisfativa. O que não se dá em alguns dos países europeus, como Itália, França e Portugal, como bem demonstrado por Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JR., 2015, p. 601-602).

²⁷ WATANABE, 1999, p. 37.

²⁸ Não se olvida que ainda persiste um problema, não foi excluída “a possibilidade de depararmos hipóteses situadas numa “zona cinzenta”, ou faixa de fronteira, onde se torna difícil saber com precisão em que território se está pisando. A ciência processual — melhor dizendo: a ciência jurídica — precisa aceitar o fato de que, em alguns assuntos, não lhe é dado fixar marcos de perfeita nitidez entre áreas limítrofes. E, às vezes, não é útil sequer tentar fazê-lo” (MOREIRA, 2003, p. 260).

A tutela de natureza cautelar tem por objetivo “assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso”.²⁹ Não é ela satisfativa, por não ser capaz de prestar ou satisfazer o direito, ela tem o condão de apenas assegurar, de conservar a tutela ao direito. Desse modo, as cautelares “se limitam a conservar bens ou direitos, cuja preservação se torna indispensável à boa e efetiva prestação final, na justa composição do litígio”.³⁰

A tutela provisória baseada na urgência de natureza cautelar, diversamente da antecipada, visa conservar bens ou direitos, evitando-se que, pelo decurso do tempo, venham a se perder ou se tornarem inúteis para o fim a que se prestam. Ou seja, a tutela provisória urgente de natureza cautelar previne, obsta, impede, em caráter provisório, que a situação jurídica em disputa no processo comum de conhecimento, ou mesmo que deva ser preservada para atingir os efeitos no processo executivo, deixe de existir, tornando-se inócuo o provimento a ser proferido ao final pela ausência, perda ou dissipação do bem ou do direito no curso do processo.

A função primordial é de conservação, de prevenção, evitando-se que possíveis atos realizados pela parte contrária possam frustrar a efetividade da tutela satisfativa. Logo, equivocado dizer que a cautelar é instrumento do processo. Ela não se presta ao processo, mas sim para conservar, assegurar, a situação jurídica ou o direito que vem sendo objeto de análise no processo de conhecimento ou executivo.

3.1 DA REFERIBILIDADE

Afirmou-se acima que um dos traços característicos que distingue a tutela cautelar da tutela antecipada (que é satisfativa), além do seu objeto, é sua referibilidade.

Por referibilidade,³¹ entende-se aquilo que se refere. E não poderia ser diferente, porque a tutela cautelar é uma medida conservativa. Logo, se o provimento cautelar visa conservar, prevenir ou mesmo impedir a dissipação ou a perda do bem ou direito a que se busca acautelamento, a medida não se exaure em si, mas se refere à viabilidade da obtenção da tutela do direito ou a uma situação jurídica tutelável a que se pretende ver conservada, prevenida ou impedida, ou seja, a situação acautelada.

²⁹ MARINONI, 2010, p. 23.

³⁰ THEODORO JR., 2015, p. 596.

³¹ “O conceito de referibilidade advém da ideia de ligação assegurativa da tutela cautelar à tutela do direito.” (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 38).

A ausência da referibilidade do direito acautelado, ou mesmo a ausência do direito a se buscar acautelar, permite assegurar a ausência de cautelaridade.³² Tanto é que em sendo requerida a tutela provisória urgente de natureza cautelar em caráter antecedente (art. 305, CPC/2015), há a necessidade, como requisito da petição inicial, da indicação da lide e seu fundamento, como a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar. Ao passo que, na petição inicial do pedido de tutela provisória de natureza antecipada requerida em caráter antecedente, pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final (art.303, CPC/2015).

3.2 DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA BASEADA NA URGÊNCIA

O CPC/2015 unificou e simplificou os requisitos para a concessão da tutela baseada na urgência, exigindo-se a demonstração da probabilidade do direito à tutela pretendida mais o perigo do dano, ou, como consta da redação do CPC/2015, o “risco ao resultado útil ao processo”.

Para Mario Dini,³³ no campo de tutela cautelar, “não basta que o interesse advenha de um estado de perigo, é necessário demonstrar que o perigo é iminente, de modo que o provimento tenha característica de urgência, em que seja demonstrado o dano potencial que poderia tornar-se ineficaz em caso de retardamento do provimento final”.³⁴

E, quanto ao que se denominou chamar de *periculum in mora*, não há confundi-lo com o perigo de dano jurídico, mas sim ao perigo do dano marginal³⁵ que poderá ser causado em caso de retardamento na prolação da sentença, diante da lentidão e morosidade pelo *iter* do procedimento comum ou executivo.

Nesse sentido, reconhecem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³⁶ que “o perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isto mesmo, para se evidenciar a necessidade da tutela cautelar, não basta alegar

³² MARINONI; ARENHART, 2010, p. 38, para quem: “A falta de referibilidade é evidência da existência de satisfatividade e, assim, de ausência de cautelaridade”.

³³ DINI, 1957, p. 31. Tradução livre do texto: “non basta chel’interesse ad agirenasca da uno statodipericolo, ma occorre ancora cheilpericolo sia imminente, in modo cheilprovvedimentoabbiacarattere d’urgenza, tanto da doversiritenerecheildannopotenzialepotrebbeivenireeffettivo, se ilprovvedimento retardasse”.

³⁴ DINI, 1957, p. 31.

³⁵ Essa foi uma expressão cunhada por Enrico Finzi, em comentário a uma decisão da Corte de Apelação de Florença no ano de 1925. Ver MITIDIERO (2011, p. 73). É muito utilizada por Andrea ProtoPisani e Mario Dini.

³⁶ MARINONI; ARENHART, 2010, p. 28.

periculum in mora, sendo preciso demonstrar a existência da sua causa, ou seja, o perigo de dano”.

4 DA DECISÃO DA TUTELA PROVISÓRIA

Em sendo demonstrado pelo requerente³⁷ a presença da probabilidade do direito invocado mais o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, deverá o juiz conceder a medida buscada. Não se trata de um ato discricionário do juiz, porque estando presentes os requisitos para concessão da tutela provisória há de ser esta concedida. Porque embora o provimento buscado seja um direito da parte, a tutela provisória visa salvaguardar a efetividade do próprio provimentobuscado.

Afinal, “o que está em jogo na atividade própria da tutela de urgência é o interesse público do Estado na preservação da efetividade de sua função jurisdicional”.³⁸ Sobretudo quando a tutela provisória de natureza cautelar tem a função de salvaguardar “o *imperium judicis*, ou seja, a de impedir que a soberania do Estado, em sua mais alta expressão, que é a da justiça, limite-se a ser uma tardia e inútil expressão verbal”.³⁹ Desse modo, a medida cautelar se encontra predisposta e a serviço, antes mesmo de atender aos interesses das partes, da própria administração da justiça.⁴⁰

Se presentes a probabilidade do direito e a urgência que deve ser demonstrada pelo perigo de dano ou a possibilidade de risco ao resultado útil do processo, queda ineludível a necessidade da concessão da medida, que se apresenta como o poder de cautela concedido ao magistrado, que tem o dever-poder, por meio da cognição sumária, impedir, prevenir ou obstar que maiores danos sejam causados para a situação a que se visa ver acautelada.

É dever do juiz, por meio da decisão devidamente fundamentada,⁴¹ evitar que danos ocorram à situação jurídica em discussão no processo, sendo-lhe concedido o poder geral de cautela (art. 297, CPC/2015) para determinar toda e qualquer medida que considerar adequada para a efetivação da medida.

A opção legislativa foi dar amplo poder ao juiz, sem limitação, para que determine a melhor e mais eficaz medida para efetivação da tutela provisória. Competirá ao juiz, diante do

³⁷ Observe-se que o CPC/2015, no artigo 299, deixou antever que não será possível a concessão da tutela provisória *ex officio*, como constava no CPC/1973, em que o artigo 797 concedia ao juiz essa possibilidade. Nesse sentido, ver THEODORO JR., 2015, p. 624.

³⁸ THEODORO JR., 2015, p. 688.

³⁹ CALAMANDREI, 1936, tradução livre de MARINONI; ARENHART, 2010, p. 104.

⁴⁰ Assegurava Calamandrei que: “le misure cautelari sono predisposte, più che nell’interesse dei singoli, nell’interesse dell’amministrazione dela giustizia, di cui garantiscono il buon funzionamento ed anche, si potrebbe dire, il buon nome” (CALAMANDREI, 1936, p. 144).

⁴¹ E essa é uma exigência do CPC/2015, artigo 11 c/c §1º, art. 489.

caso concreto, determinar as medidas que entender adequadas para que seja atingida a finalidade útil equivalente a conservar, prevenir ou obstar os danos aos bens ou direitos. No caso da cautelar, o legislador trouxe como rol exemplificativo (art. 301, CPC/2015) de que esta pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito.

4.1 DA FORÇA EXECUTIVA DA DECISÃO PROVISÓRIA

Seria um contrassenso dar um poder geral de cautela ao magistrado, de um lado, e, de outro, limitar a efetividade, a exequibilidade da ordem do mandamento contido em sua decisão. Esta decisão, portanto, traz em si a carga de mandamentalidade, de ordem a ser observada para a efetivação da tutela. A decisão provisória é autoexecutiva.⁴²

Tal se deve porque no campo da tutela provisória, sobretudo a de natureza cautelar, o provimento é tanto cognitivo como executivo,⁴³ em que as decisões judiciais “correspondem a verdadeiras injunções, que tendem a impor prestações imediatas aos sujeitos processuais, tanto positivas (fazer ou dar alguma coisa) como negativas (não fazer ou abster-se de impedir que a outra parte faça o que lhe permitiu a decisão cautelar)”.⁴⁴

A decisão provisória cautelar deve assegurar, ainda que provisoriamente, os efeitos necessários para garantir a utilidade do provimento final. Esta é a finalidade instrumental do provimento cautelar, assegurar os efeitos da decisão de mérito a ser proferida, assegurando a futura execução da decisão definitiva. Ou seja, o resultado útil a que se almeja com a decisão cautelar. A tutela provisória “entra logo no plano da execução e pode, em alguns casos, até mesmo dispensar o uso da fatura *actioiudicati*”.⁴⁵

O que se busca com a cautelar é a imediata exequibilidade do provimento conservativo, logo, não há como admitir que, para a efetivação da decisão judicial, fosse necessária uma execução,⁴⁶ ainda que provisória, porque para sua efetivação não há necessidade de instaurar uma execução forçada, por força da carga injuncional⁴⁷ e

⁴² Nesse sentido, THEODORO JR., 2015, p. 686.

⁴³ Nesse sentido, reconhece Mitidiero, firme na lição de Liebman, também reconhece que o “o provimento cautelar é uma unidade”, porque no provimento cautelar há inegável mistura entre a cognição e a execução (MITIDIERO, 2011 in: JAYME; FARIA; LAUAR, 2011, p. 71).

⁴⁴ THEODORO JR., 2008, p. 13.

⁴⁵ THEODORO JR., 2015, p. 686.

⁴⁶ THEODORO JR., 2015, p. 687.

⁴⁷ “Mais do que qualquer outro processo, as decisões judiciais, no campo cautelar, assim como no antecipatório, correspondem a verdadeiras *injunções*, que tendem a impor prestações imediatas aos sujeitos processuais, tanto positivas (fazer ou dar alguma coisa) como negativas (não fazer ou abster-se de impedir que a outra parte faça o que lhe permitiu a decisão cautelar).” (THEODORO JR., 2015, p. 688).

mandamental inerente das decisões provisórias, em que o cumprimento da determinação do juiz se faz de forma forçada.⁴⁸

Para tanto, em caso de descumprimento da decisão provisória, o juiz pode e deve se valer das medidas de apoio, determinando, em caso de não cumprimento da ordem, a aplicação da multa, bem como, exemplificativamente, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, até mesmo, caso preciso, solicitar a força policial (art. 536, §1 c/c art. 537 do CPC/2015). Sem contar que, em não cumprindo a parte a determinação judicial, com exatidão, ser ela punida pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça, com multa que pode chegar a até 20% (vinte por cento) do valor da causa corrigida (§§1º e 2º, art. 77 do CPC/2015).

Logo, em sendo concedida a tutela provisória, não será necessário valer-se do cumprimento de sentença, porque a decisão provisória, por sua natureza, visa prevenir, conservar ou obstar a realização de atos que, se realizados pela parte contrária, poderiam resultar numa ineficácia da própria decisão definitiva. E, portanto, não se concebe, pela urgência do cumprimento da medida, que tal se faça, ainda que seja por meio da execução provisória.

E, quando o parágrafo único do artigo 297 do CPC/2015 consigna que, para a efetivação da tutela provisória, serão observadas, no que couber, as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, não se revela uma impropriedade e nem uma contradição à mandamentalidade contida no provimento de tutela provisória cautelar.

A leitura do parágrafo único do artigo 297 do CPC/2015 deve ser interpretada de acordo com o *caput* do artigo 297 e o artigo 301. E, em hipótese alguma, pode ser a de que a decisão provisória será cumprida por meio da execução provisória, mas sim a de que o juiz pode, nas hipóteses possíveis, adotar todas as medidas provisórias necessárias⁴⁹ para que seja efetivada a tutela provisória concedida, inclusive medidas executórias sub-rogatórias como coercitivas para assegurar sua efetivação.

5 CONCLUSÃO

⁴⁸ Daniel Mitidiero também reconhece que “a efetivação da decisão antecipada (seja cautelar ou satisfativa) obedece, para concretizações de fazer, não fazer e para a realização do direito à coisa, a um sistema atípico de técnicas processuais executivas”. Dando exemplo de que para um fazer, não-fazer ou abster-se o juiz impõe a astreinte, determinando-se o cumprimento da decisão, e para que se cumpra uma decisão cautelar, como por exemplo o desfazimento de obras, remoção de pessoas ou coisas, utiliza-se de força policial, para que seja atingido, assegurado o resultado prático equivalente ao da determinação imposta no provimento de tutela provisória (MITIDIERO, 2011 in: JAYME; FARIA; LAUAR, 2011, p. 92).

⁴⁹ Nesse sentido: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 590; CÂMARA, 2015, p. 157.

O tempo de duração do processo é um problema a ser enfrentado pelos processualistas. As técnicas e os mecanismos das tutelas diferenciadas são utilizados para minimizar os impactos causados pelo decurso do tempo do processo até a efetiva e satisfativa entrega da prestação jurisdicional.

Dentre as técnicas diferenciadas adotadas pelo Código de Processo Civil, destacam-se a tutela provisória baseada na urgência (cautelar e antecipada) e a de evidência, que visam resguardar, antecipar, obstar, impedir, conservar o bem ou direito tutelado, mas que ainda não é possível de ser entregue em definitivo ao jurisdicionado.

A tutela provisória, que se contrapõe à definitiva, é uma tutela concedida em grau não exauriente e superficial, guardando em si certa precariedade. Mas, ainda que a decisão proferida em apreciação do pedido de tutela provisória seja precária, sumária e superficial, é mandamental, e, portanto, autoexecutiva.

O Código de Processo Civil de 2015 manteve o poder geral de cautela do juiz ao determinar que ele não só pode como deve impor, determinar, qualquer medida para que a decisão por ele concedida seja efetivada e, em caso de não cumprimento da ordem judicial pela parte contrária, nada obsta que o juiz determine a aplicação das medidas de apoio e a busca do resultado útil equivalente, ao determinar a aplicação da multa, bem como, exemplificativamente no caso da cautelar, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, até mesmo, caso preciso, solicitar a força policial. Sem prejuízo da multa pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça.

Para o cumprimento da decisão de concessão da tutela provisória, não será necessário requerer a sua execução por meio do cumprimento de sentença, ainda que provisória, porque, se o objetivo da decisão é prevenir, obstar, conservar bem ou direito, o seu não cumprimento voluntário pode resultar em uma ineficácia da própria decisão definitiva. E, por tal razão, o parágrafo único do artigo 297 do CPC/2015 consigna que, para a efetivação da tutela provisória, serão observadas, no que couber, as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, permitindo-se que sejam adotadas todas as medidas provisórias necessárias para que seja efetivada a tutela provisória concedida, inclusive medidas executórias sub-rogatórias como coercitivas para assegurar sua efetivação.

Referências

ARMELIN, Donaldo. Da tutela Jurisdicional Diferenciada. *Revista de Processo—RePro*, Editora Revista dos Tribunais, v. 65, p. 45-55, jan./mar., 1992.

BEDAQUE, José Roberto Dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto Dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumária e de urgência*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEDAQUE, José Roberto Dos Santos. Tutela provisória. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXV, n. 126, mai., 2015.

BEDAQUE, José Roberto Dos Santos. Tutela provisória. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, n. 41, p. 43-51, jul./set., 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101576/tutela_provisoria_bedaque.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádua: CEDAM, 1936.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Trad. Héctor Fix-Zamudio. Lima: Ara Editores, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *Arte del Derecho – Seis meditaciones sobre el Derecho*. Lima: Ara Editores, 2006.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas – medidas preparatórias – medidas de conservação*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual*, v. 2, 10ª ed. Salvador: JusPodium, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 3ª ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINI, Mario. *I provvedimenti d'urgenza nel Diritto Processuale Civile*, 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1957.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo–RePro*, Editoria Revista dos Tribunais, São Paulo, v.121, p. 11-37, mar., 2005.

JAYME, Fernando Gonzaga. Obstáculos à tutela jurisdicional efetiva. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 399, p. 95-109, set./out., 2009.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 7ª ed. v. III, Torino: Giappichelli, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de Tutela*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado* – parte incontroversa da demanda. 5ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Processo Cautelar*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coords.). *Processo Civil Novas Tendências* – em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duração dos Processos: Alguns dados comparativos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil* –RDCPC, v. 29, mai./jun., 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* – PGE-RJ, Revista de Direito, v. 57, 2003.

REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Breves linhas sobre a tutela provisória. In: THEODORO JR., Humberto (coord). *Processo Civil Brasileiro* – Novos Rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

THEODORO JR., Humberto. O cumprimento das medidas cautelares e antecipatórias. *Revista de Processo* –RePro, Editoria Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 139, p. 7-27, 2006.

THEODORO JR., Humberto. *Tutela antecipada*. Evolução. Visão Comparatista. Direito Brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo*–RePro, Editoria Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 157, p. 129-146, 2008.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v.I, 56ª rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas e Central de Publicações Jurídicas, 1999.