

SUPOSTOS HISTÓRICOS DO PROCESSO CAUTELAR

SUPPOSED HISTORICAL THE INJUNCTION

THIAGO RIBEIRO DE CARVALHO¹
JUDITH APARECIDA DE SOUZA BEDÊ²

RESUMO: O presente artigo aborda os aspectos históricos do processo cautelar, por meio da revisão bibliográfica. A análise inicia-se pelo direito romano, mais especificamente pelo estudo do interdito, e prossegue com o processo cautelar no direito medieval, do processo cautelar europeu e, por fim, das influências no direito processual brasileiro. Ao final, demonstra-se, por meio da pesquisa realizada, que os institutos do processo cautelar possuem origens remotas, tendo alguns sofrido modificações, enquanto outros se mantiveram praticamente intactos.

Palavras-chave: Processo cautelar; Histórico; Medidas cautelares.

ABSTRACT: This article approaches the historical view of the injunction, with the instrument of the theme's bibliographic review. The analysis of the theme starts with Roman law, more specifically with the study of interdiction, and proceeds with the analysis of the injunction in the medieval law, the study of European injunction and, at last, the influences on the Brazilian's procedural law. By the end, this paper shows through the research that was done that the institutes of the injunction have remote origins, some went through a few modifications, while others remained virtually intact.

Keywords: Injunction; History; Preventive measures

1 Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito Processual. Professor da Nova Faculdade de Contagem/MG. Advogado.

2 Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Professora do Curso de Direito da FAFIMAN-UNIMAN e de Pós-graduação em Maringá e região.

1. INTRODUÇÃO

Verifica-se que, com o passar dos anos, diversas reformas processuais ocorreram, inclusive com a intenção de assegurar maior efetividade ao processo cautelar; todavia, as reformas seguintes demonstraram o fracasso dos esforços anteriores.

Diante deste estado da arte, este trabalho monográfico se propõe a investigar a gênese e o desenvolvimento do processo cautelar com o passar dos séculos. Colocado o problema a ser enfrentado, objetiva-se analisar a influência desses institutos no direito brasileiro, bem como a permanência de alguns até os dias atuais.

A investigação do tema se justifica diante dos poucos estudos com viés histórico acerca do processo cautelar, especialmente com o intuito de resgatar as origens dos institutos que vigoram ou vigoraram no Brasil.

Para tanto, foi realizada a pesquisa bibliográfica do interdito do direito romano, do processo cautelar no direito medieval e dos antecedentes do processo cautelar, especialmente da influência dos autores italianos. Após esse percurso histórico, inicia-se o estudo do Regulamento 737/1850, do processo cautelar nos códigos estaduais, do processo cautelar no CPC de 1939 e do processo cautelar no CPC de 1973, chegando ao Novo CPC 2015.

Com a realização deste trabalho, pretende-se contribuir para o aprofundamento do estudo do tema, ao demonstrarem-se as raízes e o desenvolvimento de diversos institutos do processo cautelar.

2. O INTERDITO DO DIREITO ROMANO

O direito romano criou três formas de processo: as *legis actiones*, o processo formular e o interdito. Em virtude do objeto deste trabalho, somente será abordado o interdito, o qual certamente inspirou o desenvolvimento do processo cautelar.

Ao longo da pesquisa não foi possível identificar precisamente a origem do interdito. Apesar de sua origem ser incerta³, alguns afirmam que o seu surgimento se deu entre a instituição do *praetor* urbano e o final do século III a.C. (MESQUITA, 2002, p. 187).

No direito romano, havia diversas espécies de interdito. Segundo a catalogação de Ricobono (1967, p. 792-793), citado por Miranda Filho (2003, p. 184), alcança-se o número de 47 espécies de interdito.

As semelhanças do interdito com o processo cautelar podem ser verificadas com a simples citação das seguintes espécies de interdito: interdito para apresentação de livro; interdito para enterrar morto; interdito para não se fazer algo em local público ou nos rios; interdito para apresentação em juízo de mulher casada; interdito de petição de legado; interdito para assegurar a posse de um bem (RODRIGUES, 1972, p. 154-156, citado por MIRANDA FILHO, 2003, p. 186-187).

Quando o requerente vislumbrava uma provável violação ao seu direito, deveria peticionar junto ao *praetor*, bem como apontar qual o interdito solicitado, para ao final obter ou não uma ordem em face de outro cidadão. A decisão pretoriana possuía natureza administrativa ou de política administrativa, com a finalidade de manter o estado atual da coisa litigiosa. Na hipótese de descumprimento da ordem, deveria ser instaurado o processo *per formulas* (ordinário) (MESQUITA, 2002, p. 187).

Outra característica da decisão era o caráter impositivo, ou seja, todo cidadão ou súdito deveria se submeter à decisão, uma vez que o prolator detinha o poder de *imperium*. Os limites de atuação eram estabelecidos pelo direito da cidade e pelas garantias outorgadas pela *Lex publica*.

Segundo Pinto Ferreira (1983, p. 44), o poder de *imperium* dos *praetores* seria algo semelhante ao

³ No mesmo sentido, Miranda Filho (2003, p.175) diz o seguinte acerca da origem dos interditos: "O interdito possui origem remota e cercada de mistérios, às vezes, e, não raro, ganha dimensão de lenda, o *interdictum* é fruto apenas de uma semente plantada em épocas remotas".

“poder geral de cautela” dos dias atuais, sendo a finalidade de ambos resguardar bens, coisas e pessoas.

No tocante às características dos interditos, é possível mencionar a ausência de autonomia em relação ao processo principal, a provisoriedade (visto que o interdito não solucionava a divergência de maneira definitiva), a rapidez e a sumariedade do procedimento (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 55; ABREU, 1986, p. 21).

As semelhanças entre o processo cautelar do código de 1973 e o direito romano persuadiram Galeno Lacerda a sustentar – em uma conferência realizada no Instituto dos Advogados Brasileiros no ano de 1984 – a interpretação do processo cautelar à luz do interdito romano (ABREU, 1986, p. 20).

Embora haja uma imprecisão histórica acerca da origem do interdito, é possível constatar vários contornos similares aos do processo cautelar disciplinado no Código de Processo Civil de 1973. Dentre as semelhanças, é possível mencionar a intenção de manter incólume o objeto litigioso, a provisoriedade, a rapidez, a sumariedade. Já em relação à autonomia, houve um ganho teórico, porque o Código de Processo Civil de 1973 conferia ao processo cautelar autonomia em relação ao principal.

Já em relação ao Código de Processo Civil de 2015, verificam-se alguns prováveis resquícios do interdito romano. É possível notar que as tutelas de urgência possuem finalidade semelhante à do interdito, como a efetividade do processo, ou seja, a proteção do objeto litigioso para ao final entregá-lo ao vencedor.

No tocante à decisão, apesar de a decisão do *praetor* possuir natureza administrativa ou de política administrativa, era impositiva, sendo possível discutir eventuais prejuízos. De igual forma, a decisão do magistrado também é impositiva, e eventuais prejuízos também podem constituir um pedido de indenização.

Com advento do século V, o Império Romano começou a ser invadido pelos bárbaros e veio a ruir definitivamente no século VI. Devido ao declínio do Império Romano, a Europa passou a ser dominada pelos bárbaros, germanos e francos. Naquele período, a figura do Estado perdeu força e a resolução dos conflitos passou a ser desempenhada pelos sacerdotes (OLIVEIRA, 2002, p. 158).

Os conflitos passaram, então, a serem resolvidos pelo método ordálico, o qual consistia em colocar o acusado em uma situação na qual “deus” o salvaria se fosse inocente.

Já no século XI, o direito romano voltou a ocupar lugar de destaque devido à Escola dos Glosadores de Bolonha, que sustentava a necessidade de prestigiar o direito latino em detrimento do germânico. Aos poucos, o método de solução de conflito ordálico perdeu espaço e a solução de conflitos voltou a ser racional (OLIVEIRA, 2002, p. 158).

3. O PROCESSO CAUTELAR NO DIREITO MEDIEVAL

Na sequência do estudo acerca dos supostos históricos do processo cautelar, é necessário percorrer o período medieval, apesar da dificuldade em encontrar material, provavelmente em decorrência da oralidade.

Conforme dito alhures, o direito romano passou por um período de “inatividade” devido ao declínio do Império Romano. Ressurgiu no final do século XI, mas a sociedade se reergueu somente no século XIII, marcada pela desigualdade social e pela divindade do rei (BIRCHAL, 2000, p. 51).

Naquele momento, a atuação da Igreja era muito forte e marcante, a ponto de influenciar a incorporação de institutos do direito eclesiástico ao direito civil. O direito canônico do século XIII inspirou o abandono da oralidade e, conseqüentemente, a adoção do procedimento escrito para acabar com o “duelo judiciário e o ritualismo excessivo”. Também pode ser citada a introdução da prova escrita com reconhecimento notarial entre os meios de prova válidos (PACHECO, 1958, p. 49).

Ao juiz cabia a tarefa de inquirir as partes, colher as provas e interrogar as testemunhas. Porém, como mecanismo de controle da atuação do juiz, criou-se a figura do atentado, regulado pelas *decrets* (PACHECO, 1958, p. 49).

Aquele período histórico demonstra que sempre houve um embate entre os defensores do processo escrito e os defensores do processo oral. Constata-se também a influência da Igreja no momento da formulação das leis, a qual também é verificável nos dias atuais, por exemplo nas leis que envolvem o biodireito. No tocante ao processo cautelar, a pesquisa restou infrutífera ante a dificuldade de acesso a materiais.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCESSO CAUTELAR ITALIANO

A realização do primeiro estudo científico acerca do processo cautelar foi proposta por Adolf Wach. O jurista alemão iniciou um esboço de sistematização e avanços, embora não tenha conferido autonomia ao processo cautelar (MESQUITA, 2002, p. 195).

Também se deu na Alemanha o primeiro esboço legislativo a respeito do tema: “Sim, é o caso da ordem germânica no ZPO, que no artigo 700 introduziu legislativamente as medidas provisórias, definindo os elementos para o deferimento de uma medida de precaução” [tradução livre]⁴ (DINI, 1957, p. 10).

No século XX, os italianos Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei se destacaram pelo estudo do processo cautelar; e influíram de forma contundente na formação e na evolução da lei processual italiana.

A classificação proposta por Chiovenda (2000, p.331) é a seguinte: do gênero *medidas especiais* decorrem as espécies *medida de conservação, medida provisória, acautelatórias ou conservadoras*.

Percebe-se que o doutrinador se vale da expressão “medidas especiais”. Isso ocorre porque no Código italiano as medidas cautelares estavam inseridas nos procedimentos especiais.

As “medidas especiais” que Chiovenda menciona podiam ser requeridas quando houvesse perigo ou urgência, como forma de preservar o objeto litigioso. A medida era denominada *preparatória* quando utilizada com a intenção de ao final propor-se uma ação judicial. A medida provisória ou acautelatória era o meio adequado para se afastar o temor de um dano jurídico surgisse no decorrer do processo principal. Assim, a medida provisória acautelatória foi a forma que a lei estabeleceu para garantir que no processo principal a vontade concreta da lei seria efetiva. Fica clara aqui a acessoriedade ou instrumentalidade das medidas especiais, porque a sua finalidade é assegurar o cumprimento da vontade concreta da lei, que somente será declarada pelo juiz em outro processo. Essas medidas assecuratórias só deveriam perdurar enquanto houvesse risco ao direito do autor.

Segundo Chiovenda (2000, p.334), somente era possível o deferimento das medidas especiais em favor do autor, enquanto ao réu restava o direito de requerer uma indenização junto ao autor para se ressarcir de eventuais prejuízos. Essa situação era prevista no artigo 685 do Código de Processo Civil italiano. Para garantir a reparação do dano sofrido pelo réu, o legislador inseriu a figura da contracautela, que consiste na prestação de caução por parte do autor para garantir a reparação de eventuais danos sofridos pelo réu.

Este brevíssimo estudo, evidencia que Chiovenda tratou as medidas especiais como forma de proteção a direito ou a um provável direito. No entanto, faltou-lhe ligar o receio do dano à demora da obtenção da tutela judicial. Vale ainda ressaltar que o jurista italiano vislumbrava o autor da ação em uma condição de superioridade em relação ao réu, porque somente o autor poderia requerer medidas com o intuito de proteger o objeto litigioso. Certamente, tal entendimento hoje seria considerado uma afronta ao princípio da isonomia.

Já Carnelutti (1971, p. 417) propôs a classificação do processo cautelar italiano em: processo conservativo (*mantimento en La posesión*), processo cautelar inibitório (ex.: sequestro judicial), processo cautelar restitutivo (ex.: reintegração de posse) e processo cautelar antecipatório (ex.: sequestro conservativo).

A primeira grande contribuição desse jurista foi a classificação das medidas cautelares em

4 “Sì è com l’ordinanza processuale germânica della Z.P.O., che rappresenta il più preciso precedente legislativo dell’articolo 700 coord. pr. civ., che si introducono legislativamente misure interinali fissando gli elementi di un procedimento cautelare” (DINIZ, 1957, p.10).

nominadas e inominadas. Essa classificação decorreu da análise do artigo 700 do Código de Processo Civil italiano, no qual as medidas cautelares inominadas estavam previstas na seção primeira e terceira, enquanto as inominadas foram positivadas de maneira *genérica* (CARNELUTTI, 2000, p. 239).

Cumprir registrar que Carnelutti mudou ao longo do tempo o seu o conceito de ação cautelar, a qual inicialmente era definida como uma “sistematização de fato durante a lide”. Posteriormente, Carnelutti referiu-se ao processo cautelar como a “composição provisória da lide”. Anos mais tarde, alterou o conceito para “garantia dos meios do processo definitivo e sua utilidade prática”. Por fim, concluiu que a finalidade era de “assegurar o equilíbrio inicial das partes” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 58).

Entretanto, a maior contribuição para o processo cautelar certamente foi a sua elevação ao patamar de terceiro⁵ gênero de processo, ao lado do processo de execução e cognição.

Anos mais tarde, mais precisamente em 1936, Calamandrei propôs uma nova análise do processo cautelar, no livro intitulado *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Nessa obra, afirmou que o processo cautelar não possuía características e estruturas próprias de um processo e, por esse motivo, sustentou que as medidas cautelares deveriam ser classificadas em: medidas de instrução antecipada; medidas cautelares para garantir a execução forçada; medidas cautelares de antecipação provisória; e medidas cautelares de caução processual.

Diante dessa ausência de estrutura e características próprias, o autor concluiu que a relação existente entre o provimento cautelar e o processo principal era instrumental. Para o doutrinador, a instrumentalidade decorre da subsidiariedade do provimento cautelar, que possui a finalidade de assegurar a eficácia do processo principal. Dessa forma, o processo cautelar não poderia ser classificado como um terceiro gênero de processo.

Assim, segundo Calamandrei, a finalidade do provimento cautelar era a eliminação do *periculum in mora*, ou seja, o provimento cautelar possui, nessa concepção, uma função preventiva, por intermédio da “antecipação de certos efeitos da decisão definitiva” (CALAMANDREI, 2000, p. 205).

Certamente, o legado de Calamandrei foi a inserção da demora processual como um perigo a ser combatido pelo processo cautelar, o qual não era admitido pelos autores pesquisados. Com base nos ensinamentos do mestre italiano, é possível asseverar que o processo cautelar teria como uma de suas funções inverter o ônus da demora processual. A consequência dessa inversão traz a reboque o desincentivo, à parte que teve uma medida cautelar deferida contra si, de causar embaraços ou mesmo de adotar chicanas processuais com a intenção de atrasar o trâmite processual.

5. O PROCESSO CAUTELAR BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, já foram confeccionados diversos códigos processuais, sendo que em todos, o legislador demonstrou preocupação com o processo cautelar. Após a realização do levantamento em diversos momentos da história, será realizado o exame de sua influência nas leis processuais brasileiras.

Fernando da Fonseca Gajardoni e Júlio Camargo de Azevedo, tratando do processo cautelar, trazem à baila, a questão da modernidade líquida explicitada pelo filósofo e sociólogo Zygmunt Bauman, para quem a “a velocidade da informação e a expansividade do tempo superaram os obstáculos anteriormente impostos pela resistência do espaço e mobilidade humana”, o que remete a uma relação obrigatória com o binômio celeridade-segurança processual. Para os autores: “(n)essa rela-

5 “El proveimiento cautelar es, por tanto, el tertium genus junto al proveimiento jurisdiccional y al proveimiento satisfaciente, y corresponde al tercer género de proceso por razón de la finalidad. Sin embargo, ésta es una clasificación de los proveimientos desde el lado funcional, y debe ser confundida con otras distinciones que más adelante veremos y que los consideran, en cambio, desde el punto de vista de la estructura.” (CARNELUTTI, 1971, p.79).

ção cambiante celeridade-segurança para o Direito Processual Civil, verifica-se a cadência do tema com a chegada de um novo Código de Processo, cujas vãs promessas legislativas vão desde o “fim da morosidade judicial” até a “efetivação de direitos” e “concretização da justiça”.”, debate já antigo entre os processualista pátrios. (GAJARDONI;AZEVEDO, 2003 p.1).

Neste diapasão, situa-se o processo cautelar brasileira, entre a premência emergencial dos indivíduos e o tempo necessário para uma análise segura dos fatos.

5.1. O Regulamento 737 de 1850

O Regulamento 737, de 1850, foi a primeira lei processual não penal brasileira, a qual certamente se inspirou no direito romano e no período medieval. No diploma legal em questão, o processo preventivo estava positivado no título VI, sob a rubrica “Dos processos preparatórios, preventivos e incidentes”, estando positivadas as seguintes medidas cautelares: embargo ou arresto;detenção pessoal; *exibição*; *vendas judiciaes*; protestos; depósitos; habilitações incidentes nas causas comerciais; e embargo pendente à lide.

Nessa lei processual, verifica-se a existência da audiência de justificação prévia (por exemplo, no artigo 323). Chama a atenção a possibilidade de dispensa da audiência de justificação mediante o protesto e o juramento do credor. Apesar de não se encontrar nenhuma referência a respeito, possivelmente a possibilidade de dispensar a audiência de justificação pelo protesto acompanhado do juramento decorre do direito eclesiástico.

O embargo ou arresto poderiam ser preparatórios ou preventivos, e cabia ao requerente comprovar a existência literal da dívida ou uma das seguintes hipóteses: a) a ausência de domicílio certo e a intenção de ausentar-se, ou a alienação dos bens que possuía, ou o não pagamento no prazo estipulado; b) quando o devedor intentasse ausentar-se de seu domicílio sem a ciência dos credores ou quando mudasse de estado sem pagar aos seus credores e tentasse alienar os bens que possuía; ou contraísse dívidas extraordinárias; ou transferisse os seus bens a terceiros ou se valesse de algum outro artifício fraudulento; c) quando o devedor possuidor de bens de raiz intentasse aliená-los ou hipotecá-los; d) quando o devedor comerciante deixasse de efetuar os pagamentos e não se apresentasse; intentasse ausentar-se ou desviar o todo ou parte de seu ativo; fechasse ou abandonasse o estabelecimento, procedesse a liquidações precipitadas, transferisse bens a terceiros, contraísse dívidas extraordinárias ou simuladas.

Desperta a atenção o teor do artigo 323, que previa a possibilidade de realização de uma audiência de justificação prévia, a qual poderia ser dispensada, mediante o juramento com protesto, quando houvesse perigo de ineficácia da medida. Portanto, esse foi o primeiro dispositivo brasileiro a autorizar uma decisão liminar sem a oitiva da parte contrária, com o intuito de garantir a eficiência do processo.

Outra situação interessante era a possibilidade de audiência de justificação prévia em sigilo, que deveria ser realizada verbalmente, sendo os depoimentos reduzidos a termo, a teor do artigo 324. Vale destacar ainda a possibilidade de requerer o embargo pendente a lide, ou seja, quando já havia sido ajuizada a ação e, no curso do processo, surgisse a necessidade de assegurar o resultado útil ao processo.

Já a detenção pessoal era eminentemente preventiva e, para requerê-la, era necessária a prova literal da dívida ou a justificação prévia de uma das hipóteses elencadas:

- a) intenção de fuga do devedor sem o adimplemento da dívida;
- b) quando o devedor *não domiciliário* intentasse ausentar-se sem pagar a dívida;
- c) quando o devedor intentasse ausentar-se furtivamente ou mudar de domicílio sem a ciência dos credores;
- d) quando qualquer comerciante, matriculado ou não, intentasse ausentar-se furtivamente,

abandonasse o estabelecimento ou se ocultasse;

e) quando o comerciante não matriculado deixasse de efetuar seu pagamento e não se apresentasse, ou deixasse de assistir pessoalmente os atos e diligências do processo de *quebra*;

f) quando qualquer devedor contraísse dívidas e empenhos com manifesta má-fé, próximo à falência, ou se retirasse do lugar, ou se valesse de qualquer outro artifício fraudulento para prejudicar o credor, como colocar bens em nome de terceiro, aliená-los simuladamente ou escondê-los.

As vendas judiciais tinham característica preventiva, porque poderiam ser requeridas quando os gêneros ou efeitos comerciais embargados, depositados ou penhorados fossem de fácil deterioração, ou passíveis de deterioração decorrente da demora judicial, ou ainda de dispendiosa guarda, podendo o juiz, de ofício ou a requerimento, ordenar a alienação por intermédio do agente de leilão. Posteriormente à alienação, o valor arrecadado era depositado no lugar do bem alienado, devendo sobre o valor recair as penhoras, embargos ou qualquer outro ônus.

De igual forma, os protestos de letras de câmbio, da terra, de risco, de conhecimentos de frete passados à ordem e endossados, de apólices de seguro endossadas e de notas promissórias endossadas também possuíam característica preventiva. O intuito da realização do protesto era conservar e ressaltar direitos para que posteriormente fosse ajuizada uma ação fundamentada no protesto.

Em relação ao depósito, vislumbra-se o caráter preventivo decorrente de sua realização como forma de se proteger de eventuais sanções legais decorrentes do inadimplemento. Segundo o Regulamento 737/1850, o depósito era possível quando o credor recusasse o pagamento, se negasse a dar quitação, houvesse litígio sobre a dívida, a dívida fosse confiscada pelo devedor e a coisa adquirida estivesse sujeita a ônus ou obrigação.

Noutro sentido era a possibilidade de requerer a exibição de livros, escrituração comercial por inteiro, balanços gerais, a qual possuía característica de uma ação preparatória para a propositura de outra ação. Segundo a lei, após o requerimento de exibição, deveria ser realizada a citação da pessoa responsável para apresentar os livros no prazo legal, sob pena de prisão decorrente da desobediência.

De igual forma, o protesto ou processo testemunhável formado a bordo de embarcações também possuía predicados preparatórios, porque consistia em um relatório do sinistro ocorrido a bordo, no qual devia constar o local onde havia ocorrido, sendo lavrado pelo escrivão ou piloto, ou na falta deles por alguém nomeado pelo capitão.

O artigo 363 dispunha que a junta (formada por oficiais, pilotos, contramestres, peritos e marinheiros mais inteligentes e velhos no serviço do mar) se reuniria e que a decisão seria tomada na presença dos interessados no navio ou na carga. Posteriormente, a decisão tomada a bordo seria submetida à ratificação judicial, mediante sentença irrecorrível. Após a ratificação, a parte dispunha de uma prova *plena e absoluta* para o ajuizamento de outra ação judicial.

No decorrer da análise, despertou curiosidade a inserção das habilitações incidentes nas causas comerciais no supracitado título, visto que se tratava de uma substituição processual decorrente do falecimento de uma das partes, a qual prescinde de características preparatórias ou preventivas.

Após essa breve análise, percebe-se que a audiência de justificação prévia, a liminar sem oitiva da parte contrária e o prestígio à oralidade na audiência de justificação prévia estão presentes em nosso ordenamento jurídico desde o Regulamento 737/1850.

5.2. O processo cautelar nos códigos estaduais

Com o advento da República no Brasil, que se deu com a promulgação da Constituição de 1891, ocorreram diversas mudanças, no entanto a presente análise ficará circunscrita ao tema deste trabalho.

Em um primeiro momento, vale a pena pontuar que a Constituição então vigente foi inspirada no modelo americano, o que inclusive culminou com a adoção do nome de República dos Estados

Unidos do Brasil, embora o processo de construção da Federação tenha ocorrido de forma completamente diferente (MENDES *et al*, 2008, p. 186).

Certamente, o deslocamento da competência para legislar em matéria processual para o âmbito dos Estados-membros ocorreu com inspiração no sistema americano. Os Estados detiveram essa competência no período compreendido entre 1891 e 1939. É interessante mencionar que a aplicação dos códigos estaduais era limitada à circunscrição territorial de cada Estado.

Embora tenha sido confeccionado um código para cada Estado da Federação, especialmente em relação ao processo preventivo, constata-se que os códigos estaduais foram inspirados no Regulamento 737/1850, bem como nas Ordenações Filipinas Afonsinas e Manuelinas (CASEIRO, 1996, p. 63).

Em relação à organização dos códigos, verifica-se que o processo preventivo em algumas leis estaduais aparecia sob a rubrica “dos processos especiais” (por exemplo, no Código de Processo Civil do Estado de Minas Gerais). Já na lei paulista, as medidas preventivas foram tratadas no capítulo da conciliação. Assim, não há como se falar que houve uma linha científica única para a confecção dos códigos estaduais (CASEIRO, 1996, p. 65).

Todavia, o grande avanço para o processo cautelar foi a positivação da medida cautelar inominada, a qual tinha como requisito o “perigo fático iminente”, cabendo à parte petionante demonstrar de maneira satisfatória o perigo. A justificativa para a positivação de uma medida de forma genérica é a impossibilidade.

5.3. O processo cautelar no CPC de 1939

Com o advento da Constituição de 1934, os Estados-membros deixaram de ter competência para legislar em matéria processual. A partir de então, essa competência voltou a ser exclusiva da União.

O Código de Processo Civil de 1939 entrou em vigor por meio do Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro daquele ano, “nova” lei processual, que também se preocupou com os danos que a demora da resposta judicial poderia causar.

É interessante ressaltar que o CPC de 1939 tratou as medidas preventivas dentro do livro dos processos acessórios, e novamente se constata que o processo cautelar ainda não foi alçado à categoria de um terceiro gênero de processo.

O código em análise elencou as medidas preventivas no Livro V, denominado “dos processos acessórios”, e constata-se mais cuidado técnico na organização e na positivação, diferentemente do que ocorria antes. Todavia, não houve o cuidado técnico para disciplinar uma parte geral.

Diante dessa realidade, os autores da época faziam a análise das medidas cautelares, positivadas que se encontravam no livro denominado “do processo acessório”. Feito esse esclarecimento, prossegue-se com a exposição daqueles autores.

Segundo Lopes da Costa (1953, p. 9), as características das medidas cautelares eram a acessoriedade, a ausência de satisfatividade com a decisão e a transitoriedade. A primeira característica estava relacionada com a “dúvida acerca do direito principal invocado”. A segunda dizia também que as medidas cautelares não eram satisfativas e que a satisfatividade deveria ser buscada no processo principal. Já a “transitoriedade” decorria do caráter temporal, ou seja, a medida perduraria o tempo necessário para evitar o dano e assegurar a efetividade do processo principal (LOPES DA COSTA, 1953, p. 10).

No mesmo sentido, Pontes de Miranda (1949, p.293) considerava transitório o *mandatum* (ordem ou comando de prestar) sem que antes houvesse o término do processo de cognição. Portanto, essas eram as características principais expostas pela doutrina.

Em relação ao momento para requerê-las, verificou-se a existência de medidas antecedentes ou preparatórias, preventivas e incidentais. Segundo Lopes da Costa (1953, p. 11), as medidas preventivas podiam ser classificadas da seguinte forma: a) medidas preventivas que pudessem ser obje-

to de um processo de ação; b) medidas preventivas que não pudessem se constituir objeto de ação, mas surgisse processo de ação; c) medidas preventivas de jurisdição voluntária que preparassem material de prova para “processo” futuro.

As medidas preventivas previstas no CPC de 1939 eram: a) arresto de bens do devedor b) sequestro de coisa móvel ou imóvel c) busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito d) prestação de cauções e) exibição de livro, coisa ou documento; f) vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam memoriam* g) em obras de conservação em coisa litigiosa h) na prestação de alimentos provisionais, nos casos em que o devedor fosse suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento i) no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento j) na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

O procedimento estava positivado nos artigos 684 a 686, os quais dispunham que, após a realização do pedido de medida de urgência, haveria a citação dos réus, salvo se a citação pudesse acarretar a ineficácia da medida pleiteada. Ainda em relação ao procedimento, constata-se que havia a possibilidade de realização de uma instrução sumária no prazo de quarenta e oito horas, independentemente da contestação do pedido, com a finalidade de produzir provas; na sequência, o juiz prolatava a decisão.

É interessante notar que, ao tratar das medidas preventivas, o legislador deixou a possibilidade de o juiz atuar de forma preventiva mesmo quando a lei não o autorizasse expressamente⁶. Ao analisar o artigo 675, Miranda (1949, p. 25) afirma o seguinte: “[...] o juiz, a par do seu dever formal de obrar, tem de examinar se o pressuposto de um dos incisos do artigo 675 exige que a medida ou algumas das medidas sejam ordenadas”.

Entre os processualistas pesquisados, nenhum diverge do entendimento de que o artigo 675 do CPC de 1939 consiste no poder geral de cautela do juiz. Também não há dúvida de que se tratada primeira vez que tal instituto foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme indica a pesquisa realizada, a divergência está na origem do instituto do poder geral de cautela. Segundo Pinto Ferreira (1983, p.103), o poder de *imperium do praetor* é um poder geral de cautela. O referido autor sustenta esse raciocínio como argumento de que o julgador estava restrito apenas pelas leis da cidade e pelas garantias *da Lex publica*.

Em sentido diverso, Lopes da Costa (1953, p. 15) afirma que a essência do poder geral de cautela se encontrava no Código de Processo Civil alemão, mais precisamente no artigo 935, ao dispor que: “são permitidas decisões provisionais sobre o objeto da lide, quando seja de recear que uma alteração do estado atual das cousas torne impossível ou dificulte essencialmente a realização do direito da parte⁷”. A postura “ativa” do juiz era reforçada pelo artigo 938: “o juiz, a seu arbítrio, resolve que medida é necessária para realizar o fim que pretende”.

Parece razoável o entendimento de Pinto Ferreira, tendo em vista que o *praetor* podia deferir uma medida cautelar sem previsão expressa na *Lex publica* ou na lei da cidade. Certamente, o instituto do ZPO alemão se inspirou no Direito Romano.

Vale mencionar a medida cautelar denominada “atentado”, que possui origem no direito ca-

6 CPC/1939. 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 atas capazes de causar 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.

7 Foi mantida a redação original.

nônico e, posteriormente, foi adotada pelo direito italiano como forma de restringir o poder do juiz. No Código de 1939, a figura do atentado foi recebida como uma inovação para evitar danos iminentes a uma das partes na pendência da solução do conflito e podia ser suscitada pelas partes, por terceiros ou pela autoridade judicial (juiz, desembargador, Ministro ou Tribunal).

Em se tratando de “mera ameaça de atentado”, eram cabíveis as medidas preventivas constantes do artigo 675 do CPC, bem como o mandado de segurança (PACHECO, 1958, p.119).

Diante da insatisfação total acerca da resposta judicial, houve um grande movimento no sentido de que seriam necessárias reformas a esse sistema, e a saída foi a elaboração de um novo código de processo. Assim, passar-se-á à análise do processo cautelar no CPC de 1973.

5.4. O processo cautelar no CPC de 1973

Ao longo do trajeto histórico percorrido, percebeu-se que sempre houve preocupação com formas de se resguardar a utilidade do procedimento, havendo no desenvolver da legislação processual um aperfeiçoamento dos institutos.

O CPC de 1973 foi idealizado por Buzaid, aluno de Liebman, e elaborado para assegurar os privilégios de uma classe dominante, com ideologias típicas do Estado Moderno e Liberal de Direito. A linha teórica adotada foi a da teoria da relação jurídica de Bülow⁸, seguida até os dias atuais pela escola que define o processo como um instrumento⁹ da jurisdição (MAGALHÃES, 2011, p. 876).

A principal inovação do Código em relação ao processo preventivo foi dedicar um livro exclusivo para tratar do processo cautelar. As leis anteriores, bem como o fariam algumas posteriores, tratavam do tema junto aos procedimentos especiais; podem ser citados como exemplos o CPC de 1939, o Código argentino (que trata do processo cautelar na parte geral) e o italiano¹⁰ (CASEIRO, 1996, p. 78).

Na exposição de motivos, Buzaid demonstra que adotou integralmente o ensinamento de Liebman em relação ao processo cautelar. Isso pode ser percebido pelo fato de que o tema foi colocado no Livro III por se tratar de um *tertium genus*¹¹. A nova classificação se justifica porque reúne a um só tempo as funções de conhecimento e execução, cuja tarefa principal é a prevenção. É necessário destacar que o primeiro processualista a atribuir ao processo cautelar o *status* de terceiro gênero foi Carnelutti.

O próprio Buzaid (1982, p. 19), em artigo no qual discorre sobre a influência de Liebman no desenvolvimento do direito processual brasileiro, destaca a nova sistemática do processo cautelar. Segundo o autor, por muito tempo a conceituação “medidas de acessoriedade do processo preventivo, preparatórias ou incidentais” era colocada em confronto com o processo principal, conforme acontecia com a sistemática do CPC de 1939.

Por entender que o processo cautelar é um terceiro gênero, Liebman (2005, p.78) conceitua o processo cautelar como “um organismo processual que possui uma individualidade própria”.

Todavia, é relevante ressaltar que o CPC de 1973 foi elaborado em um momento histórico no qual não havia as garantias constitucionais que foram implementadas com o advento da Carta Magna de 1988.

8 “[...] o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, ou seja, uma relação jurídica” (BÜLOW, 2005, p.5).

9 Baracho (2008, p.47) se opõe à ideia de processo como instrumento: “O processo constitucional não é apenas instrumental, mas uma metodologia de garantia de direitos fundamentais”.

10 Diante dessa situação, Carnelutti (2000, p.237) compreende o procedimento cautelar sob dois aspectos: o primeiro, no sentido amplo, abarca o procedimento cautelar e o procedimento possessório, havendo uma situação intermediária entre o processo cautelar e o processo definitivo; e o segundo, no sentido estrito, trata somente do procedimento cautelar.

11 Em sentido oposto, Câmara (2005, p.1) afirma que: “[...] o processo cautelar costuma ser indicado (sem muita precisão frise-se) como um ‘terceiro gênero’”. Na verdade, o processo cautelar é um segundo gênero de processo, colocando-se em posição oposta à ocupada, em conjunto, pelos processos cognitivo e executivo. Isto porque esses dois tipos de processo podem ser reunidos num único gênero: o dos processos satisfativos, assim entendidos aqueles processos cujo desfecho normal é capaz de permitir a realização do direito material.

No tocante à finalidade do processo cautelar, Liebman (2005, p. 277) o define como “uma terceira atividade, que tem um objetivo de auxiliar o processo principal”. Na visão do autor italiano, o processo cautelar “se destina a assegurar, garantir o curso eficaz e o resultado útil dos outros dois (execução e conhecimento), concorrendo assim, indiretamente, para a consecução dos objetivos da jurisdição”.

Diante dessa nova perspectiva, as características do processo cautelar no CPC de 1973 são: autonomia, acessoriedade ou instrumentalidade, preventividade, provisoriedade e revogabilidade. Essa diferenciação¹² é importante e marca a distinção entre o processo cautelar, o processo de conhecimento e o processo de execução, como poderá ser percebido adiante.

Para Liebman (2005, p.275), a autonomia decorre do fato de que o processo cautelar poder ser acolhido ou rejeitado sem com isso influenciar-se o processo principal.

A independência fica mais evidente quando a parte que obteve a medida cautelar não tiver reconhecida a sua pretensão na lide principal. Nesse sentido, é o artigo 810 do CPC que afirma não haver obstáculos para a propositura da ação quando for indeferida a medida cautelar.

A segunda característica do processo cautelar é a sua instrumentalidade¹³. Calmon de Passos (1984, p. 46) afirma que “o processo cautelar é o processo a serviço do ‘processo’, não o processo a serviço do direito material”.

A terceira característica é a preventividade, que possui origem no direito romano, quando era denominado “interdito”. Tal característica se ocupa de resguardar uma situação jurídica necessária ao exercício de um direito futuro, como a produção antecipada de provas (LEAL, 2009, p. 174).

Por isso, é permitida a instauração de modo preventivo, preparatório ou incidental, com a finalidade de assegurar os efeitos de uma futura sentença ou de uma sentença já prolatada, ou mesmo para garantir a efetividade do procedimento em trâmite ou a ser iniciado.

A quarta característica é o caráter provisório do processo cautelar, devido a sua duração pelo tempo necessário para assegurar a efetividade do processo principal¹⁴.

Significa essa provisoriedade, mais precisamente, que as medidas cautelares têm duração temporal limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo. Por sua natureza, estão destinadas a ser absorvidas ou substituídas pela solução definitiva de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 505).

Esse período transitório é importante para a preservação de uma situação até que sobrevenha a decisão definitiva. Assim, o processo cautelar pressupõe duração limitada entre a sua decretação e a decretação do provimento principal ou definitivo. Certo é que a medida cautelar será absorvida ou substituída pela decisão do processo principal.

Portanto, os provimentos cautelares são neutros em relação ao resultado do processo principal, “muito embora visem a resguardar as pessoas e coisas do processo e a assegurar o êxito da futura execução” (BARROS, *apud* THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 505). A título de exemplo, pode-se citar o arresto, que desaparece e dá lugar à penhora.

Com isso, o processo cautelar não perde a feição preventiva e provisória¹⁵, tendo a única

12 Marinoni *et al* (2008, p.19-38) enumeram as seguintes características: a) perigo de dano; b) probabilidade do direito à tutela do direito material; c) temporalidade; d) não satisfatividade; e) instrumentalidade; f) referibilidade; g) cautelaridade e não preventividade.

13 A escola paulista sustenta que se trata de um caráter “instrumental”, pois se visa garantir a integridade do processo principal (CAMPOS, 1989, p.5).

14 No mesmo sentido, Calamandrei (2000, p.24-25) sustenta que a provisoriedade é um critério distintivo dos procedimentos cautelares em relação aos procedimentos de conhecimento e de execução. Para ele, a provisoriedade possui um caráter interino, diferindo-se da temporalidade, que pode ser definida como característica daquilo que não dura para sempre.

15 Provisórias porque duram até que venha a medida definitiva ou até o momento que for necessário (GRECO FILHO, 2003, p.153).

incumbência de evitar que o processo principal seja inútil (THEODORO JÚNIOR, 2011, p.505).

Dessa forma, os efeitos da decisão perdurarão enquanto perdurar a situação de perigo a pessoas, coisas, bens, ou até que sobrevenha o término do processo principal. A decisão prolatada em sede de processo cautelar não faz coisa julgada material, ou seja, a qualquer momento é possível rediscutir e mudar o seu conteúdo.

Por se tratar de provimento emergencial de segurança, há possibilidade de substituição, modificação ou revogação a qualquer momento. É necessário ainda ressaltar que não se pode falar em decisão de mérito nas ações cautelares, pois elas não versam sobre a lide principal (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 505).

Assim, a mutabilidade e a revogabilidade decorrem da própria natureza e dos objetivos do processo cautelar, diante do desaparecimento da situação que levou ao deferimento da medida.

A revogação ou a modificação das medidas cautelares não podem ser feitas de ofício¹⁶. É necessário que haja o requerimento de uma das partes, com argumentos suficientes para convencer o magistrado (GONÇALVES, 2001, p. 89; MARQUES, 2000, p. 475).

Após a apresentação dos argumentos de uma das partes para cessar a eficácia da medida cautelar, cabe ao magistrado decidir de maneira fundamentada¹⁷, expondo as razões de fato e de direito que o conduziram na decisão.

Em relação aos requisitos, verifica-se que o CPC de 1973 elenca o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Essa aparência do bom direito consiste na expectativa ou na possibilidade da existência do direito invocado pelo autor, cuja verificação é realizada em um juízo superficial em razão da provisoriamente da medida. Salienta-se ainda que o *fumus boni iuris* não é um “prognóstico” da existência do direito invocado, mas uma probabilidade que justifica a medida (GRECO FILHO, 2003, p.155).

Já no *periculum in mora* o que deve ser demonstrado é o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, mutação das pessoas, bens ou provas que são ônus do requerente (THEODORO JÚNIOR, 2011, p.513).

Em relação aos limites da atuação do magistrado sempre existiram questionamentos, conforme demonstrado ao longo deste trabalho. O poder geral de cautela, como se conhece hoje, foi importado do direito alemão, porém, com a vigência da Constituição de 1988, é necessário interpretar o dispositivo à luz dos novos paradigmas.

O CPC de 1973 possibilitava que o juiz determinasse medidas provisórias que não estivessem na legislação, com o intuito de evitar lesão grave de difícil reparação. O juiz estaria livre para autorizar ou proibir a prática de atos, ordenar a guarda judicial de pessoas, depósitos de bens e imposição de caução. Segundo o autor, a constitucionalidade desta possibilidade encontrava fundamento na impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses de perigo a bens jurídicos e garantir sua proteção (GRECO FILHO, 2003, p.156).

Em tom de admoestação, Tesheiner (1974, p.44) assevera a necessidade de cuidado, para que o poder geral de cautela não seja transformado em um protagonismo judicial. Alguns autores, com o intuito de garantir a efetividade do processo, exageram na interpretação (por exemplo, ao destinar a decisão discricionária¹⁸ ao seu prudente arbítrio na apreciação da existência da ameaça e do perigo de ineficácia do provimento final).

16 Câmara (2005, p. 27) defende a possibilidade de revogação da medida cautelar de ofício pelo juiz. Entretanto, o autor não aponta nenhum fundamento para embasar o seu posicionamento.

17A questão da fundamentação das decisões no Brasil consiste em uma exigência constitucional.

18 Streck (2009, p. 11) defende que o juiz está adstrito ao ordenamento jurídico, não possuindo assim discricionariedade para decidir. No mesmo sentido, Edward Carlyle Silva (2008, p.586) afirma que esse “poder” não é discricionário, pois é necessária a presença do *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, além da inexistência de medida cautelar típica.

5.5. O processo cautelar no CPC de 2015

José Roberto dos Santos Bedaque no clássico “Poderes instrutórios do juiz”, dos idos anos noventa, então auge do desenvolvimento do processualista brasileiro afirmava:

A conclusão de que os princípios da relação jurídico-substancial não devem repercutir no processo, ao contrário do que possa parecer, não nega o caráter instrumental deste último. Apenas coloca a “instrumentalidade do processo” não em função da parte, de seus interesses e de seu eventual direito subjetivo, mas do Estado e de seus objetivos. [...]

Ora, se assim é, as normas devem ser atuadas corretamente. Essa é a finalidade básica da jurisdição, como função estatal. Aí está a instrumentalidade que se pretende existente. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. Nessa medida, não se pode aceitar que o juiz, por respeito a dogmas inaceitáveis, aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados (BEDAQUE, 1994, p. 13).

Do exposto, evidencia-se o fato de que numa tutela cautelar, a discussão da substancialidade projeta-se no futuro, e pede do juiz um olhar comprometido, quase senhorial e absolutista. Ocorre que vinte anos depois, e com um novo Código de Processo Civil, não há mais espaço para o “juiz pode tudo”, senão vejamos:

A utilização desmedida da instrumentalidade das formas e da flexibilização da técnica processual é que possibilitaram a construção de doutrinas como a relativização da coisa julgada, objetivação da atuação dos tribunais superiores, que não obstante boas intenções, atribuem aos juízes poderes desmedidos contrários à segurança jurídica e ao próprio Estado Democrático de Direito (ABBOUD, 2014, p. 363).

Do exposto, evidencia-se, mais uma vez, o importante papel do magistrado e de uma atuação sensível, de bom senso, adequada ao caso, ao procedimento e ao próprio processo, a fim de que o mecanismo não seja fim, mas antes, instrumento para realização concreta das previsões abstratas das necessidades das partes envolvidas, com destaque para aquela que se acautela.

Enquanto o Art. 273 do CPC anterior dizia, textualmente:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.
II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O art. 300 do CPC vigente, aprovado em 2015 com validade a partir de 2016, diz simplesmente:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. [V. arts. 294, 295, 300, 301, 303, 304, 1.059, relacionados]

Havendo, ainda, a complementação do instituto nos artigos 296, 297, 298, 311 e 356, todos do CPC atual (MEDINA, 2016).

A tutela cautelar, antecedente ou incidental, tem por finalidade conservar a situação de fato ou de direito sobre qual haverá de incidir eficazmente a decisão “principal”. (MEDINA, 2012, p. 954).

De acordo com Costa Machado e Miguel Medina, que esposam do entendimento doutrinário majoritário, o juiz possui um poder geral de cautela que representa, *in concreto*, a possibilidade de que goza o magistrado de, após análise fática, conceder a tutela cautelar de ofício, a qual está consignada no art. 798 do Código de Processo Civil.

Assim sendo, para além das medidas típicas (especiais) previstas no código como arresto (art. 813), sequestro (art. 822), caução (art. 826), busca e apreensão (art. 839); e dos procedimentos especiais constitucionais como a Ação Civil Pública, a Ação Popular, os Mandados de Injunção, de Segurança e o Habeas Data. O poder cautelar a ser exercido em situação emergencial fica adstrito às condições dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* genérica e abstratamente previsto no texto processual e nos estudos dos processualistas desde os glosadores, sob análise do juiz.

Leonardo Gomes de Aquino (2013) explica que, de modo geral, o procedimento adotado deve ser o seguinte:

As medidas cautelares são requeridas em petição ao juiz da causa, quando incidentes, e quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal que deva ser proposta.

A petição deve ser sempre autuada em separado. Quando se tratar de medida preparatória, será também distribuída, e se for incidente, o processamento da medida se fará em apenso aos autos principais.

Requerida a medida, o requerido será citado para, no prazo legal, contestar o pedido, indicando desde logo as provas a serem produzidas, este prazo começara a ser contado a partir da juntado da citação aos autos, depois de devidamente cumprido. Quando a medida tiver sido concedida liminarmente ou após justificação, o prazo para contestação será contado depois de sua execução.

Contestado o pedido, o juiz designara audiência de instrução e julgamento se houver prova a ser produzida; em caso contrário, decidirá em cinco dias. Se o pedido não for contestado, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros os fatos alegados pelo requerente, e o juiz decidirá no prazo de cinco dias.

Requerida a medida e se o juiz verificar que ela poderá tornar-se ineficaz se o requerido for citado inicialmente, poderá decretá-la liminarmente. Nesse caso, depois de executada a medida, o requerido será citado para contestar no prazo legal.

Quando a medida for decretada como preparatória, a ação principal deverá ser ajuizada em trinta dias a contar da efetivação da medida, sob pena de cessar a sua eficácia.

Do exposto, evidencia-se a preocupação com a proteção do direito, não obstante a questão da celeridade ainda seja um problema a ser enfrentado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da realização da pesquisa bibliográfica, constatou-se que a preocupação com a tutela cautelar é objeto de positivação desde o direito romano, por meio do interdito, o qual certamente influenciou o processo cautelar brasileiro.

Constatou-se que o interdito possui algumas semelhanças com os ditames do processo cautelar brasileiro, dentre as quais se destacam: a intenção de proteger a coisa em litígio, como forma de assegurar o resultado útil do processo principal; a sumariedade do procedimento; e o caráter provisório da tutela cautelar.

Já o período medieval foi marcado por uma forte influência da Igreja Católica, o que inclusive culminou com o abandono da oralidade e a adoção de um processo predominantemente escrito.

No tocante ao direito brasileiro, a preocupação com a tutela preventiva está presente desde o Regulamento 737/1850, com a positivação de medidas preventivas, ainda que de forma atécnica e sem a precedência de uma parte geral. Dentre as medidas preventivas, é possível destacar: o arresto,

a exibição, as vendas judiciais, o protesto e o depósito, que permanecem no ordenamento jurídico brasileiro até os dias atuais, apesar de haver modificações. Vale ressaltar ainda que o Regulamento 737/1850 positivou a audiência de justificação prévia, a liminar sem a oitiva da parte adversa, além do prestígio à oralidade, especialmente na audiência de justificação prévia. Ao confrontar tais medidas cautelares, conclui-se que provavelmente foram inspiradas no interdito.

Durante a vigência dos códigos de processo estaduais, encontrou-se a possível gênese da medida cautelar inominada, visto que os códigos estaduais previam a possibilidade de requerimento de uma medida não positivada, desde que restasse comprovado o perigo fático iminente. Sem dúvida, essa possibilidade significou um grande avanço, porque no direito romano era necessário demonstrar a adequação do pedido ao interdito positivado.

No CPC de 1939, verificou-se que o grande avanço foi a positivação do poder geral de cautela do magistrado, o qual parece ter sua gênese ligada ao poder de império dos *praetores* romanos.

Conforme asseverado, coube ao CPC de 1973 alçar o processo cautelar à categoria de terceiro gênero de processo, o que ocorreu mediante a dedicação de um livro próprio, para cuidar somente do processo cautelar. Vislumbrou-se um esmero técnico na redação dos dispositivos, a começar pela inserção de uma parte geral, pela positivação de medidas cautelares, pela possibilidade de requerimento de cautelares inominadas e pela manutenção do poder de cautela do magistrado.

No Código vigente (2015) permanece a preocupação com o acautelamento, mas igualmente permanece a preocupação com falta de celeridade do Poder Judiciário Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABREU, José. *Os procedimentos cautelares no novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ALMEIDA JÚNIOR. *Direito judiciário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *Processo Cautelar*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30816-33104-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BIRCHAL, Alice de Souza. *Tutelas urgentes de família no código de processo civil: sistematização e exegese*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN, 2005.

BUZUID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano VII, n. 27, jul./set. 1982.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMPOS, Antônio Macedo de. *Medidas cautelares: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1989.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944.

CASEIRO, Luciano. *Lide cautelar*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm>. Acesso em: 20 out. 2011.

DINI, Mario. *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile*. 2. ed. rev. e atual. Milano: Dott. A. Giuffré, 1957.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; AZEVEDO, Julio Camargo de. *Técnicas de Aceleração De Processo: tentativa de sistematização à luz do Novo CPC*. Academia: São Paulo, 2003. Disponível em: <[file:///C:/Users/jubed/Downloads/TECNICAS_DE_ACCELERACAO_DE_PROCESSO_tenta%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/jubed/Downloads/TECNICAS_DE_ACCELERACAO_DE_PROCESSO_tenta%20(1).pdf)>. Acesso em: 13 maio 2016.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v.1.

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

MAGALHÃES, Joseli Lima. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias. In: *Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para a elaboração de um novo CPC*. Franca: Lemos & Cruz, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.4.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e ampl. completada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millenium, 2000, v. 5.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Grupo de estudos do Professor José Miguel Garcia Medina*. Disponível em: <<https://professormedina.files.wordpress.com/2015/03/quadro-1973-2015-vertical20.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.52.

MIRANDA FILHO, Juventino Gomes de. *O caráter interdito da tutela antecipada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. t. IV.

- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. VIII.
- MULLER, Yara. *Dos processos acessórios e modelos processuais*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1996.
- OLIVEIRA, Allan Helber de. Provimentos de urgência: aspectos históricos e doutrinários. In: FIUZA, César (Coord.). *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- PACHECO, José da Silva. *O atentado no processo civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. v.10, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1983.
- REGULAMENTO n. 737, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103248/decreto-737-50>>. Acesso em: 14 nov. 2011.
- RIBEIRO, Arthur. *Código de Processo Civil do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Geraes, 1922.
- SILVA, Edward Carlyle. *Direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2008.
- STRECK. Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta”. In: MACHADO, Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coords.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 46. ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v.II.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.

Recebido em: 04/10/2016

Aprovado em: 14/02/2017