**UMA ANÁLISE ACERCA DAS ALTERAÇÕES ENVOLVENDO A TUTELA CAUTELAR NO ÂMBITO DOS RECURSOS PÓS-CPC/2015:** a concessão de efeito suspensivo nos recursos extraordinários. **[[1]](#footnote-1)**

Kassio Andriny F. Taveira

Thainara Marques Santos[[2]](#footnote-2)

Gustavo Fonteles Carvalho Pereira[[3]](#footnote-3)

**RESUMO**

O Código de Processo Civil, consubstanciado na fundamental previsão constante do art. 5º da Constituição Federal, inciso XXXV, instituiu previsão de técnica apropriada, que visa resguardar direitos com iminente risco de injustiças ou danos, caso aguarde-se toda a conclusão da instrumentalização processual. No plano recursal, tais danos ainda são passíveis de ocorrer, e a possibilidade de suspender-se a produção de tais efeitos pode exsurgir em decorrência da própria lei ou de decisão judicial, cuja forma de atribuição passa por importantes mudanças. Com a reforma do estatuto processual vigente em nosso ordenamento pátrio, e manutenção da situação fática que permitiu a existência da técnica em apreço, se questiona: existe ainda a possibilidade de formulação de ação cautelar, no âmbito dos recursos extraordinários, a fim de produzir efeito suspensivo *ope iudices*? Em caso de seu descabimento, qual a nova técnica processual adequada?

**Palavras-Chave:** Instrumentalização processual. Plano Recursal. Efeito suspensivo.

**SUMÁRIO**

**1. INTRODUÇÃO**

**2. AS AÇÕES CAUTELARES NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973**

**3. REQUISITOS APLICÁVEIS: TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA X TUTELA PROVISÓRIA CAUTELAR**

**4.TUTELA PROVISÓRIA CAUTELAR E O EFEITO SUSPENSIVO *OPE IUDICES* NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS**

**5. CONCLUSÃO**

 **REFERÊNCIAS**

**1 INTRODUÇÃO**

O instituto da tutela cautelar é parte fundamental da previsão constante do artigo 5º da Constituição Federal, inciso XXX, onde se estabelece que nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída à apreciação do Poder Judiciário (BRASIL, 1988). É, portanto, implícita, pois o que a Constituição origina é a tutela ao direito material, e isso nada mais é que a prestação jurisdicional, como aduz Theodoro Júnior (2016). O Código de Processo Civil trouxe então, a técnica que visa resguardar direitos com iminente risco de injustiças ou danos, que devido à falta de agilidade dos processos brasileiros, possam vir se se perder, extinguindo o processo em razão da perda do objeto.

Com a com a edição de uma nova codificação processual civil em 2015 (Lei. 13.105/2015), restou claro que a intenção era a de simplificar e agilizar o andamento dos processos, sem, contudo, perder a sua eficiência, razão pela qual diversos aspectos procedimentais sofreram reformas, incluindo o instituto do processo cautelar, cujo foco da presente pesquisa, se resume à análise desse instrumento incidentalmente no âmbito dos recursos.

 Tendo em vista os pressupostos legais e com base nas mudanças ocorridas no novo Código de Processo Civil, o presente artigo busca questionar se ainda existe viabilidade do uso da tutela provisória cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso especial no novo Código de processo Civil e se os pressupostos para o referido pleito sofreram modificação com a reforma legislativa?

Nesse sentido temos que a aplicabilidade da tutela provisória como meio de promover efeito suspensivo ao recurso especial passa pelo crivo das sumulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal, que também são seguidas pelo Superior Tribunal de Justiça e que geraram a inclusão do art. 1.029, § 5º do CPC, que prevê a concessão de efeitos suspensivo ao recurso especial, sendo silente, de igual sorte, quanto a discriminação de seus requisitos o que esbarra também nas previsões legais acerca do poder do relator na apreciação desse pedido..

Portanto, esse artigo intenta por meio de pesquisas de cunho exploratório analisar as profundas alterações no instrumento das tutelas provisórias, bem como, se destina a abordar, de forma resumida e explicativa os pressupostos de utilização desse importante instrumento, cingindo-se aos requisitos para concessão de efeito suspensivo *ope iudices* aos recursos, algo que é alvo de questionamentos por parte da doutrina e do próprio sistema judicial, constituindo um tema de verdadeira importância para o mundo jurídico e para o próprio cotidiano de quem se dedica a estudar o Direito.

**2 AS AÇÕES CAUTELARES NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973**

Por meio do disposto no art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XXXV, de forma explicita o legislador esculpiu determinação para que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja subtraída à apreciação do Poder Judiciário, preceito fundante também na ideia do processo cautelar há época de sua vigência.

O Processo Cautelar se encontrava estruturado no Código de Processo Civil de 1973, no Livro III – a partir do artigo 796, estando dividido em dois capítulos: O Capitulo I que instituía as disposições gerais das medidas cautelares e o Capítulo II onde se encontravam as diretrizes dos procedimentos cautelares específicos.

Considerando que a morosidade na tramitação de processos já se tornava um óbice à satisfação de direitos, ou mesmo à um fator determinante no perecimento que ensejava à perda do objeto da demanda, o processo cautelar era a forma adequada ao resguardo do segundo item apontado, vez que não se tratava de cognição acerca do mérito, mas sobre a previsibilidade do perecimento do objeto pretendido.

O Código de Processo Civil de 1973, portanto, trouxe a técnica que visava resguardar, ainda no início, direitos com iminente risco perecimento, o que a doutrina jurídica afirmava há época, nas palavras de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2010, p. 459-460):

A Tutela Cautelar é decisão definitiva (exauriente, malgrado com eficácia temporária) que garante os futuros efeitos da tutela definitiva satisfativa. [...] A Tutela cautelar tem eficácia temporária. [...] é sempre não-satisfativa e conservativa, pois se limita a assegurar a futura satisfação de uma pretensão cognitiva ou executiva.

Ou seja, a ação cautelar pretendia à promoção de medidas que, antes da tramitação processual integral, assegurassem determinada situação fática, com a finalidade de assegurar a tutela de determinado direito ao final, permitindo que a prestação jurisdicional fosse ainda necessária e adequada quando da prolação da sentença.

Entendimento esse também afirmado por Enrico Liebman (apud FRANZÉ, 2006), cuja contribuição de Giacomo Oberto (apud FRANZÉ, 2006) trazia ainda a ideia de que a ação cautelar possuía duas características cumuladas, a primeira funcional, a fim garantir que a tutela jurisdicional, ao final, fosse efetivada, e a segunda denominada estrutural, considerando a provisoriedade de sua existência.

Importante fazer uma simples ressalva a fim de assegurar o entendimento de que a tutela cautelar se trata de instrumento com viés diferente da tutela antecipada. Citando João Batista Lopes (apud FRANZÉ, 2006), em suma, ambas seriam espécies de tutela sumária (e não de urgência), tendo em vista que a cautelar visaria garantir o resultado final do processo, enquanto que a antecipada permitiria ao jurisdicionado perceber os ‘efeitos do resultado final’.

Se faz necessário ainda destacar as características presentes no processo cautelar do antigo de código de 1973, que são aquelas que a doutrina tradicional entende como as principais características da Tutela Cautelar: A a instrumentalidade, a urgência, a sumariedade da cognição, a provisoriedade, a revogabilidade e a autonomia. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2010).

A primeira pode ser compreendida como a ligação de dependência que há entre o processo cautelar e o processo principal. Já a segunda, urgência, diz respeito ao periculum in mora, ou risco de perigo na demora na prestação da prestação do direito (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2010). A sumariedade da cognição, como descrito nas palavras de Watanabe (apud GONLÇALVES, 2014) é outra característica da tutela cautelar e a analisando a lição é possível entender que a tutela cautelar quanto a extensão é considerada plena, pois não há limite quanto ao que deva ser apreciado pelo juiz, exceto por algumas situações específicas consideradas exceções. Quanto a profundidade, Gonçalves (2014, p. 716) cita que é considerada superficial, visto que a decisão se baseia apenas em “mera semelhança ou plausibilidade do alegado”.

Temos ainda que a característica da provisoriedade se dá pelo fato de as decisões no processo cautelar não são de caráter terminante. O Juiz não escutou os dois polos da ação e tampouco colheu ou examinou todas as provas. A decisão no processo cautelar não está sujeita a coisa julgada. Essa decisão no processo cautelar tem sua duração com a data de validade determinada ao dia que o juiz proferir a sentença definitiva no processo principal (GONÇALVES, 2014).

No que diz respeito a revogabilidade, temos em vista o disposto no artigo 807 do CPC 73, que diz:

Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo. (BRASIL, 1973)

Ou seja, a qualquer momento as cautelares podem ser revogadas, obvio que se verificando se a sentença é de procedência ou improcedência, no caso de improcedência ela manteria sua eficácia (GONÇALVES, 2014).

Já em relação a última, sendo está de importante analise, haja vista que desapareceu com o advento do novo código civil, verifica-se que a autonomia entre tipos processuais foi sendo relativizada e substituída pela ideia do sincretismo processual, cujo conceito é bem explicado pelo ilustre professor Carreira Alvim, ele explica:

O sincretismo processual traduz uma tendência do direito processual, de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional, *simpliciter et de plano* (de forma simples e de imediato), no bojo de um mesmo processo, com o que, além de evitar a proliferação de processos, simplifica (e humaniza) a prestação jurisdicional (2004, pg. 40)

Já no Código Processual Civil de 1973 tais mudanças ocorriam, alterações como as da Lei 10.444/02 que permitiram ao juiz deferir medida cautelar em caráter incidental e a da Lei 11.232/05 com a mudança do rito do cumprimento de sentença. Nesse sentido o CPC de 2015 deu aval a essa nova tendência já que em seu artigo 308, § 1º, permite expressamente que o pedido principal do processo seja formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar e como aduz Neves: “[...] sendo possível essa cumulação inicial dos dois pedidos, também se admite a cumulação superveniente [...]” (NEVES, 2016, pg. 470). Logo, para o mesmo é “[...] indiscutível o fim do processo cautelar incidental [...]” (NEVES, 2016, pg. 468).

Dessa forma, tal aspecto ainda presente no antigo CPC desaparece com a chegada do novo, haja vista que se harmonizou os dois elementos postulatórios (cautelar e “principal”) em consonância com a evolução da doutrina do sincretismo processual. A nova sistemática deve ser celebrada, pois certamente contribuirá para a simplificação e eficiência da tutela jurisdicional.

Neste interim, já é notório que o objetivo deste tópico introdutório é demonstrar suscintamente a forma de utilização desta ‘tutela diferenciada’, gênero do qual a tutela cautelar advém, nas palavras de Luis Henrique Franzé (2006), já que é assim denominada em razão da busca pela utilização da forma ou do método mais adequado ao jurisdicionado, vez que o desenrolar processual, nos moldes prepostos pelos idealizadores do Código de Processo Civil de 1973, não garantiam com a eficácia necessária a efetividade de seus direitos e garantias.

**3. REQUISITOS APLICÁVEIS: TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA X TUTELA PROVISÓRIA CAUTELAR**

Na vigência da nova codificação processual civil de 2015, houve uma reformulação substancial na conceituação dada às tutelas provisórias, conquanto, ainda na vigência da codificação processual anterior, ainda pairavam dúvidas acerca dos pressupostos específicos à sua aplicação.

Na preleção de Humberto Teodoro Júnior (2016), após a unificação das tutelas provisórios de urgência, considerando o passo dado anteriormente no reconhecimento de aplicação da fungibilidade entre elas, a depender do caso concreto, foi tratada a possibilidade também de unificação dos pressupostos à sua concessão.

Conceitos anteriormente empregados, o *fumus boni iures* pretendia à demonstração mínima de ‘aparência do direito’, ou seja, ainda que minimamente, o autor, para obtenção da tutela sumária, precisava aparentar ser detentor de determinado direito, enquanto que o *periculum in mora* se tratava de requisito a demonstrar o dano que se buscava evitar através da instrumentalização sumária da demanda (TEODORO JÚNIOR, 2016).

Na vigência do atual código, essa cognição feita pelo juízo se modificou, de forma que tais requisitos não se tratam mais de uma fórmula matemática exata para que o jurisdicionado adquira sua pretensão sumária, onde a preponderância de um destes requisitos é bastante para o reconhecimento do direito à concessão de uma tutela de urgência ou da tutela de evidência.

Segundo preleciona Humberto Teodoro Júnior (2016), assim como o ‘*fumus* extremado’ é requisito suficiente à concessão da tutela de evidência, já que esta não comporta a necessidade de demonstração de perigo de dano ou ao resultado útil do processo, o ‘*periculum* extremado’, sob o viés da proporcionalidade, pode ser bastante para verificação da concessão da tutela de urgência, seja ela antecipada ou cautelar.

O afastamento da necessária aplicação de tal ‘binômio perigo de dano-aparência do direito’ se daria através da mutação na forma de apreciação do pedido, dependendo eminentemente do caráter ativo do juízo, cuja cognição sumária preferiria explicar a concessão pelo preenchimento de um dos itens apenas, que a definição exauriente de que ambos devem estar presentes de forma objetiva, ainda que a análise feita pelo juízo seja subjetiva (TEODORO JÚNIOR, 2016).

Seria quase o mesmo que definir que a atipicidade da ocasião necessitaria da aplicação de um afastamento da tipicidade prevista sob o art. 300 do CPC/2015, buscando antes uma melhor adequação fática, que atinja a pretensão sumária do jurisdicionado.

**4.TUTELA PROVISÓRIA CAUTELAR E O EFEITO SUSPENSIVO *OPE IUDICES* NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS**

Na contramão da análise realizada até o presente momento, partir-se-á do pressuposto de que, diante de uma pretensão levada à cargo do judiciário, determinada condenação imposta é injusta ou tem o condão de causar prejuízo de alta lesividade, e considerando a prolação de decisão terminativa, tal encargo, em tese, já houve se tornado exigível.

Tendo por base o contexto genérico citado, a interposição de recursos extraordinários nem sempre imprime tranquilidade àquele que resistiu a determinada pretensão na fase cognitiva, e cujo efeito suspensivo, tanto sob a égide da codificação processual anterior quanto da atual, não lhes confere efeito suspensivo *ope legis*.

Portanto, a maneira de alçar tal pretensão era a propositura de ação cautelar paralela, sob os ditames do art. 796 e seguintes do CPC/1973 (BRASIL, 2018), considerando que a própria lei predispunha que a medida cautelar, por processo autônomo e dependente, seria dirigida ao juízo da causa, e dispositivo tratava expressamente do cabimento deste tipo de ação no âmbito recursal, inserto sob o Parágrafo Único do artigo 800 (BRASIL, 2018).

Não que a medida tivesse a precípua intenção de conferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário, mas a demonstração dos requisitos nessa fase processual em específico, demonstrando o *periculum* enfrentado, ocasionaria a produção do efeito suspensivo em razão da dependência e prejudicialidade entre as ações.

Em que pese ser uma prática adotada de forma expressiva, e considerada adequada à concessão do efeito suspensivo *ope iudices*, é ainda questionável a manutenção desta prática com o advento da nova codificação processual, já que, no campo fático, o jurisdicionado ainda se embate com decisões que o sobrepujam a cumprir determinações judiciais demasiadamente lesivas ou injustas, quando revisto o direito aplicado ao caso.

**3 CONCLUSÃO**

**REFERÊNCIAS**

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil.** 2013 ed. 1988.

\_\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105 de 15 de março de 2015:** Código de Processo Civil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.html.

Acesso em: set. 2018.

\_\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973: Código de Processo Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: set. 2018.

\_\_\_\_\_\_. [**LEI Nº 10.444, DE 7 DE MAIO DE 2002.**](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2010.444-2002?OpenDocument)

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/LEIS/2002/L10444.htm>. Acesso em: out. 2018.

\_\_\_\_\_\_. [**LEI Nº 11.232, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2005.**](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2011.232-2005?OpenDocument)

 Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm>. Acesso em: out. 2018.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Alterações do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

Desta obra retiramos as explanações acerca do sincretismo processual.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. Salvador: JusPodvim, 2010

A partir de conceitos dessa obra, extraiu-se definições acerca do processo cautelar e de suas características

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **Tutela Antecipada em Relação aos Recursos no Processo Civil Brasileiro**. Doutorado em Direito (Tese). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

Desta obra foi retirada a parte introdutória sobre ação cautelar.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Dessa obra foi retirada a definição relativa a característica de sumariedade do processo cautelar.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2016.

Essa obra trouxe esclarecimentos acerca da autonomia do processo cautelar.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Desta obra foram retirados conceitos acerca da diferenciação da tutela cautelar na vigência dos códigos anterior e atual.

1. 3º Check do *Paper* institucional apresentado à Disciplina de Tutela Cautelar, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Alunos do 7º Período noturno do Curso de Direito, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. Professor, Especialista, Orientador. [↑](#footnote-ref-3)