

MARIANA RIBEIRO BRANDÃO

MEDIDAS CAUTELARES DE OFÍCIO

CURITIBA

2003

MARIANA RIBEIRO BRANDÃO

MEDIDA CAUTELAR DE OFÍCIO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Edson Ribas Malachini

CURITIBA

2003

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANA RIBEIRO BRANDÃO.

MEDIDAS CAUTELARES DE OFICIO

MONOGRAFIA APROVADA COM REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO, NA FACULDADE DE DIREITO, SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, PELA BANCA EXAMINADORA FORMADA PELOS PROFESSORES:

Orientador:



Prof. Edson Ribas Malachini
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Alcides Alberto Munhoz da Cunha
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Elton Venturi
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 22 outubro de 2003

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	1
2 – HISTÓRICO	5
2.1 – O DIREITO ROMANO.....	5
2.2 - O DIREITO MEDIEVAL E AS CODIFICAÇÕES DA IDADE MODERNA.....	9
2.3 – ANTECEDENTES PRÓXIMOS.....	11
2.4 – A EVOLUÇÃO DO PROCESSO CAUTELAR NO DIREITO BRASILEIRO.....	14
3 – DIREITO COMPARADO	16
3.1 – O DIREITO ITALIANO.....	16
3.2 – O DIREITO FRANCÊS.....	17
3.3 – O DIREITO ALEMÃO.....	19
3.4 - O DIREITO PORTUGUÊS.....	21
4 – NATUREZA DA TUTELA CAUTELAR	24
4.1 – NATUREZA PROCESSUAL DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	24
4.1.1 – A instrumentalidade das medidas cautelares.....	25
4.1.2 – Provisoriedade.....	30
4.1.3 – <i>Periculum in mora</i>	35
4.1.4 – Referibilidade.....	36
4.2 – NATUREZA MATERIAL DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	38
4.2.1 – Direito substancial de cautela. Pretensão à segurança.....	38
4.2.2 – Temporariedade.....	41
4.2.3 – Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.....	43
4.2.4 – Situação cautelanda.....	46
5 – MEDIDAS CAUTELARES DE OFÍCIO	48
5.1 – BREVES CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	48
5.2 – RECEPÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	51

5.3 – O FUNDAMENTO DA TUTELA CAUTELAR DE OFÍCIO.....	54
5.3.1 – O fundamento da tutela cautelar de ofício segundo a visão processual....	54
5.3.2 – O fundamento da tutela cautelar de ofício segundo a visão material.....	62
5.3.3 – As medidas cautelares <i>ex officio</i> na visão de Alcides Munhoz da Cunha e de Galeno Lacerda.....	69
5.4 – CONTEÚDO E DIMENSÃO DA TUTELA CAUTELAR DE OFÍCIO..	73
5.4.1 – Extensão da tutela cautelar de ofício.....	74
5.4.2 – Momento de concessão das medidas cautelares de ofício.....	79
5.5 – QUESTÕES PROCESSUAIS DA TUTELA CAUTELAR DE OFÍCIO.	82
5.5.1 – Responsabilidade pela tutela cautelar de ofício.....	82
5.5.1.1 – Considerações gerais a respeito da responsabilidade em procedimento cautelar.....	83
5.5.1.2 – Responsabilidade nas medidas cautelares de ofício.....	97
5.5.2 – Procedimento da tutela cautelar de ofício.....	106
5.5.2.1 – Autuação das medidas cautelares de ofício.....	106
5.5.2.2 – O direito de resposta do prejudicado por medida cautelar de ofício..	110
5.5.2.3 – Possibilidade de modificação ou de revogação das cautelas <i>ex officio</i>	113
6 – CONCLUSÕES.....	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	119

1 – INTRODUÇÃO

A incorporação das medidas cautelares aos diferentes ordenamentos jurídicos calha por revelar uma constante preocupação do legislador em oferecer mecanismos aptos a conferir maior efetividade ao processo. Nesse sentido, a influência que o sistema processual italiano inegavelmente sempre exerceu (e ainda exerce) sobre o direito brasileiro culminou por ensejar uma utilização ampla dos provimentos acautelatórios que, embora visivelmente deturpada, durante muito tempo representou a única forma possível para a consagração de um efetivo acesso à justiça em seu sentido mais genuíno.

Nesse tocante, entende-se que “o direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquele que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.”¹

É bem verdade que as grandes discussões hoje vivamente presentes sobre a efetividade do processo tiveram seu início apenas no século passado. No entanto, seria da mais absoluta improcedência afirmar que os juristas de épocas remotas se mostravam indiferentes e até mesmo inadvertidos a respeito da questão. Nas linhas que se seguem, tentar-se-á esboçar um singelo quadro evolutivo das medidas cautelares ao longo da história, procurando-se demonstrar que já eram conhecidas e cultuadas mesmo nos primórdios da história do direito, tendo elevada consideração no Direito Romano.

Como já mencionado, a importância das cautelas para o alcance de um processo mais hábil a efetivar os direitos dos cidadãos é enorme. Apesar da base teórica adotada para fundamentar e explicitar a essência de tais provimentos, inelutavelmente se atingirá essa mesma conclusão. Isso porque, tanto a opção por

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 30.

entender as medidas cautelares como meios de tutela do resultado útil do processo principal, como a escolha pelo caminho que aponta tais medidas como mecanismos de proteção aos direitos materiais, atribuem a esses provimentos o inafastável caráter de instrumentos voltados à efetividade do processo.²

Naquilo que pertine especificamente às medidas cautelares de ofício, de igual forma, identifica-se uma preocupação do legislador em assegurar a aptidão processual à tutela de direitos subjetivos. Em tais casos, observa-se o cuidado tomado pela legislação quanto ao resguardo de certas situações que, *a priori*, e com base em uma presunção *iuris et de iure*, enquadra como carentes de acautelamento por parte do juiz. Para essas hipóteses, a lei prevê expressamente cautelas que imperam sejam decretadas *ex officio* pelo magistrado.

Não obstante as medidas cautelares de ofício expressamente impostas por lei, parcela da doutrina (como a seguir se terá a oportunidade de demonstrar) sustenta que a redação do artigo 797 do Código de Processo Civil autoriza, também, a concessão de provimentos cautelares de ofício serem decretados pelo juiz em situações extraordinárias, quando constatada a presença de *fumus boni iuris* e de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Vale dizer que, segundo preceitua parte da doutrina processual, uma vez presentes os requisitos para a concessão de uma cautela, o magistrado estaria legitimado a decretá-la, ainda que não houvesse requerimento do interessado, desde que o fizesse por meio de decisão devidamente fundamentada.³

² De fato, a influência nefasta do tempo no processo é evidente, exigindo preocupação constante do jurista. Como lembram CAPPELLETTI e GARTH, “em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito” (CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20).

³ Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART explicitam idéia que, muito embora desenvolvida com vistas ao processo de conhecimento, adapta-se com perfeição a uma concepção mais abrangente do alcance das medidas cautelares de ofício. Segundo o respeitadas processualistas, “a doutrina processual civil e os operadores do direito estão obrigados a ler as normas infraconstitucionais à luz das garantias de justiça contidas na Constituição Federal, procurando extrair das normas processuais um resultado que confira ao processo o máximo de efetividade, desde, é claro, que não seja pago o preço do direito de defesa” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. Ob. cit., p. 30).

As medidas cautelares de ofício, tomadas nessa perspectiva mais ampla, revelam o caráter publicista que, paulatinamente, tem revestido com mais intensidade o processo contemporâneo, bem como uma tendência de concentrar maiores poderes nas mãos do magistrado. Destarte, abre-se um novo rol de possibilidades para a atividade jurisdicional no curso do processo, porquanto se conferem ao juiz atribuições mais efetivas para o desempenho da atividade de administração da justiça.

Em certa proporção, as aludidas transformações que vêm se concretizando no processo moderno representam a reação desencadeada por um fenômeno generalizado de descrença no Estado e, mais especificamente, na capacidade de tutela jurisdicional oferecida pelo Poder Judiciário.

Cândido Rangel DINAMARCO, atento observador dos caminhos tomados pelo processo de seu tempo, com bastante acuidade proclamou:

Um dos grandes males da Justiça reside no conformismo do próprio juiz diante de certos preconceitos que tradicionalmente limitam a efetividade da tutela e o levam a atitudes passivas diante da inocuidade de certas decisões. Associado à indesejável estagnação das legislações, esse comportamento é responsável pela fraqueza da Justiça e pela generalizada insatisfação em face dela.⁴

Com efeito, a tutela cautelar, enquanto espécie do gênero das tutelas de urgência,⁵ consiste em importantíssimo mecanismo para a garantia da efetividade dos direitos e, por conseqüência, da utilidade e satisfatoriedade da prestação jurisdicional. Nesse viés, representa um tema da maior relevância e atualidade que, sem sombra de dúvida, está a merecer maiores cuidados por parte da doutrina e da jurisprudência.

No que se refere às medidas cautelares de ofício, a questão comporta as mais variadas discussões. A doutrina processual envereda no debate de temas interessantes,

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 755.

⁵ Quanto ao caráter emergencial que acompanha as medidas cautelares, BARBOSA MOREIRA anota que “a necessidade do processo cautelar, que lhe justifica a existência, resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego das outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se revelaria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório. Isso explica o caráter **urgente** de que se revestem as providências cautelares...” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 300).

tais como a possibilidade de concessão *ex officio* de medidas cautelares preparatórias, a titularidade da responsabilidade por medidas cautelares de ofício que hajam causado injustamente danos a seus destinatários, a existência e extensão do direito de resposta do prejudicado em tais situações e assim sucessivamente.

O presente trabalho monográfico representa uma tentativa de exposição das principais polêmicas que permeiam o tema, apontando, sempre através da pesquisa bibliográfica, os diferentes posicionamentos adotados pela doutrina mais especializada no assunto.

2 - HISTÓRICO

O exame da evolução histórica dos institutos é, inquestionavelmente, essencial para a adequada apreciação de seus contornos atuais. Nestes termos, deve-se avaliar, ainda que de forma sumária, o caminho trilhado pelo fenômeno cautelar (com ênfase na tutela cautelar de ofício) no tempo, a fim de melhor observar sua estrutura atual.

Não há dúvida de que o fenômeno cautelar sempre existiu. Ainda que alguns possam pensar que a tutela cautelar é contemporânea ao processo civil moderno (especialmente ao existente a partir do século XX), a verdade é que ela sempre esteve presente, seja incluída em outras formas de tutela processual seja de modo autônomo, ainda que não atraindo a atenção da ciência jurídica, que sequer dispunha dos instrumentos de exame de que hoje dispõe.⁶

Pode-se, de toda sorte, precisar que apenas a partir do século passado assumiu a tutela cautelar sua conotação científica, de caráter jurisdicional, tal como se conhece esta estrutura hoje. As figuras anteriores ou não dispunham de autonomia ou não eram vistas como instrumentos jurisdicionais, o que, porém, não retira o interesse em seu exame.

Seja como for, a falta das características atuais nos instrumentos existentes no processo primitivo dificulta o exato delineamento da evolução do “processo cautelar” – assim como da tutela cautelar *ex officio* – permitindo apenas a identificação de figuras *semelhantes* existentes no passado.

2.1 – O DIREITO ROMANO

O Direito Romano era rico em instrumentos de proteção provisória dos direitos, podendo-se encontrar, talvez, aí, a gênese da tutela cautelar de modo concreto

⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *Teoría de la acción cautelar*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 10; CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, v. 11, 2001, p. 40; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio e Janeiro: Forense, v. VIII, tomo I, arts. 796 a 812, 1980, p. 110-111.

na história do direito processual.⁷ É certo que o Direito Romano concebeu medidas de tutela preventiva, inicialmente, de cunho extraprocessual, por intermédio de garantias convencionais, como o penhor, a hipoteca, a caução etc. Seu objetivo era o de garantir o direito independentemente do futuro exercício da função jurisdicional, seja para evitar o recurso à autoridade judicial (em caso de ulterior lesão), seja para assegurar previamente a eficácia da intervenção jurisdicional (se ela viesse a tornar-se necessária). Aliás, os instrumentos processuais de proteção preventiva (aplicáveis pelo pretor romano) têm seu nascimento naqueles mecanismos.⁸

Fundamentalmente, porém, as medidas “processuais” lá previstas não eram consideradas jurisdicionais, tratando-se antes de medidas de cunho “administrativo”, outorgadas pelo pretor. Como se sabe, a *iurisdictio* era substancialmente prestada pelo *iudex*, que tinha por atribuição dar ou não razão ao autor, declarando o “direito” da parte; consistia, assim, a jurisdição em atividade eminentemente definitiva, de reconhecimento de direitos, não havendo espaço aí para proteção provisória ou exame de mera aparência de direito.

No período das *legis actiones* não se pode identificar, propriamente, mecanismos processuais de tutela cautelar. Havia, porém, manifestações embrionárias deste fenômeno, especialmente identificadas com a *legis actio per pignoris capionem*. Por intermédio da *pignoris capio*, o credor era autorizado a retirar das mãos de seu devedor certo bem móvel, no intuito de garantir seu crédito, para, só então, encaminhar sua pretensão ao pretor e convocar o devedor para o processo.⁹

No período formular, o primeiro e mais conhecido instrumento de tipo cautelar concebido pelo direito romano clássico era o chamado *interdictum*. Consistia ele em uma “ordem, requisitada por um particular e emanada de um magistrado, para que se fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa; ou seja, mais especificamente, a

⁷ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Perfil dogmático da tutela de urgência”. *Revista gênese – Revista de direito processual civil*. N. 5. Curitiba: Gênese, mai-ago/97, p. 324.

⁸ V. a respeito, ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1985, p. 1-4.

⁹ BIRCHAL, Alice de Souza. “Relato histórico-evolutivo das ações cautelares no mundo ocidental”. *Direito processual na história*. Org. César Fiuza. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 216.

tutela por interdito consubstanciava-se num comando do pretor *in iure*, a pedido de um cidadão e dirigida a outro particular; defendendo, destarte, indiretamente, a parte provocadora. Daí dizer-se, também, que tal tutela constituía um meio de coação indireta”.¹⁰ A doutrina unânime reconhece que a medida não tinha caráter jurisdicional, tendo por principal objetivo a proteção do interesse público e manutenção da ordem (atividade administrativa do pretor).

Tratava-se de procedimento caracterizado por sua rapidez e sumariedade. O pretor cingia-se a uma avaliação sumária da causa, examinando apenas os pressupostos de fato para, então, conceder (*edere* ou *editio interdicti*) ou denegar (*denegatio interdicti*) o interdito buscado.¹¹ Outrossim, o interdito tinha caráter claramente provisório, já que a parte interessada poderia provocar a instauração de procedimento ordinário (*actio ex interdicto*), se não concordasse com esta regulação provisória.

Embora fossem várias as modalidades de interditos, havia três formas mais importantes: o interdito proibitório, o restitutivo e o exhibitivo. O primeiro tinha por escopo a expedição de ordens de abstenção, enquanto o segundo buscava a entrega (restituição) de uma coisa e o último visava à exibição desta.

Outros instrumentos, freqüentemente assimilados ao fenômeno cautelar, eram as *stipulationes* e as *cautiones*. As *stipulationes* eram ordens de um pretor (*iussum cavendi*), por meio das quais este ordenava a alguém – mediante requerimento de interessado, e após o exame sumário da causa – que se obrigasse com o requerente por meio de uma *stipulatio praetoria*.¹² As estipulações pretorianas, baseadas no *imperium* do pretor, em regra tinham natureza cautelar, ou para proteger certo interesse, ou ainda para prevenir possível dano irreparável a um dos litigantes. Consistiam, em regra, no oferecimento de uma prestação pecuniária (*cautio*), como garantia para a prática de um ato ou consecução de uma obrigação. A respeito das *cautiones*, ensina Aloísio SURGIK:

¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 112-113. Segundo esses mesmos autores, “como o escopo último, em regra, era a tutela do estado atual da coisa litigiosa, entende-se que o interdito possuía natureza de cautela” (ob. cit., p. 113).

¹¹ *Idem, ibidem*, p. 114.

As *cautiones*, palavra derivada de *cauere*, são algo que sempre temos de entender como relacionados com riscos futuros, não previstos especificamente. A velha jurisprudência republicana, no dizer de JOSÉ LUIS MURGA, cuja exposição seguimos neste passo, foi verdadeiramente mestra na arte de cobrir com *cautiones*, que podiam ser puras ou com fiadores – *satisdationes* –, todas aquelas situações que apareciam sem nenhuma proteção especial e entregues à *fides* do adversário. As *cautiones* podiam assim cobrir com uma ação, a *actio ex stipulatu*, as mais variadas situações. Foi tão típica esta criação jurídica que, por isto mesmo, é conhecida pelo nome de jurisprudência cautelar (ou jurisprudência das cauções) aquela época da técnica jurídica romana que tornou possível esta cobertura jurídica, antes inexistente.¹³

Também esses instrumentos não tinham, no período romano, natureza jurisdicional, sendo expressão do *imperium* do pretor, em exercício de função praticamente administrativa.¹⁴

Dentre as cauções admitidas no direito romano, destaca-se – ao lado da *operis novi nuntiatio* – a *cautio damni infecti*, precisamente por sua subsistência (ainda que com outros contornos) no direito atual. Por meio do primeiro instrumento (a denúncia de obra nova) o requerente formulava pedido oral (por fórmula sacramental) para impedir o prosseguimento de obra já iniciada mas não terminada, advertindo ao requerido que, se não paralisasse a obra, seria posteriormente pedido ao pretor um *interdictum prohibitorium* ou *demolitorium*. Já por intermédio da *cautio damni infecti*, o futuro possível prejudicado requeria a prestação de caução, como garantia do ressarcimento para a hipótese em que o perigo de dano se convertesse em prejuízo efetivo.¹⁵

Ambos os instrumentos permanecem, praticamente com a mesma finalidade, no direito atual, embora não se lhes atribua mais natureza cautelar. Têm, de toda sorte, sua origem remota no direito romano clássico, como institutos de essência

¹² *Idem, ibidem*, p. 118.

¹³ SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Livro é Cultura, 1990, p. 78.

¹⁴ Cf. MARTINO, Francesco de. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: CEDAM, 1937, p. 205-206.

¹⁵ Cf. ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. Ob. cit., p. 3-4. Segundo o autor, o fator cautelar dessas medidas estava principalmente vinculado ao aspecto psicológico de tais instrumentos.

administrativa (não-jurisdicional), estritamente vinculados à função jurisdicional.

Merece, ainda, referência, no direito romano, a figura do seqüestro. A figura surgiu no período da chamada *cognitio extraordinaria*, havendo menção do instrumento no Digesto (16,3.6 e 50, 17.110). A medida consistia “no depósito de uma coisa em poder de uma terceira pessoa, a fim de que fosse conservada, por se temer que, ao ficar em poder de uma das partes, se perdesse ou deteriorasse”.¹⁶ Importante notar, a respeito desta figura, que na sua aplicação já não mais se cogita da distinção entre a função (administrativa) do pretor e aquela (jurisdicional) desenvolvida pelo *iudex*. De fato, o período processual em questão se caracteriza pela superação (ainda que paulatina) desta dicotomia, com a gradativa publicização das instituições processuais.¹⁷ Assim, natural que, no auge desta nova forma processual, a tutela de urgência fosse entregue à mesma autoridade responsável pelo “processo principal”. Tudo, enfim, processo principal e medidas assecuratórias, tinham por finalidade fazer atuar a vontade do príncipe, manifestando-se como expressões do poder do regente.

2.2 – O DIREITO MEDIEVAL E AS CODIFICAÇÕES DA IDADE MODERNA

A derrocada do Império Romano – a partir da progressiva invasão e instalação dos bárbaros no território romano, e especialmente entre os séculos V a VIII – importou a fragmentação e a dissolução do poder. O comprometimento da idéia de Estado (enquanto centro de poder oficial) gerou, por conseqüência, o abalo na idéia de processo e de uma jurisdição. Os conflitos passaram a ser resolvidos localmente, segundo as regras (materiais e processuais) impostas pelo detentor do poder na área

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, p. 35-36; no mesmo sentido, v. FERREIRA, Pinto. *Medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 45.

¹⁷ “Com a gradativa oficialização das instituições processuais, em conseqüência da consolidação da *cognitio extraordinaria*, o magistrado, agora também juiz, passa a ser o titular do poder-dever de examinar as provas (*cognoscere*) e proferir a sentença, a qual, pela primeira vez na história do processo civil romano, não mais consistia num ato exclusivo do cidadão romano, não tinha mais caráter arbitral, mas, sim, consubstanciava-se numa atuação em que era exprimida a vontade do soberano: *ex auctoritate principis*” (TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. Ob. cit., p. 140).

específica.¹⁸

PONTES DE MIRANDA põe neste período a gênese da cautelar de arresto, especialmente no direito longobardo e no germânico primitivo.¹⁹ Salienta ele, porém, que medidas semelhantes podem ser identificadas em distintas culturas (com matizes distintos), sendo difícil precisar a origem de institutos neste período.

De fato, apenas no final do século XII é possível encontrar certa homogeneidade no Direito, com o apogeu do direito canônico – que, de certa forma, recupera essencialmente os parâmetros do direito romano – permitindo estudo sistemático da matéria. Como noticia Giovanni ARIETA, nesse período é possível encontrar uma espécie de execução antecipada (com caracteres cautelares) prevista para dar segurança ao credor do adimplemento da prestação pelo devedor.

Ainda neste período é possível encontrar a origem do atentado, concebido pelo direito canônico, por volta do século XIII.²⁰ A respeito, salienta Ovídio BAPTISTA DA SILVA:

Como já tivemos oportunidade de indicar, o *atentado*, como modificação ilegal no estado de fato da lide (vide *Introdução*, pp. 11 e segs.), conceito desenvolvido pelos juristas medievais a partir de um texto do Digesto (49, 7, 1.1), tinha por fim impedir que o juiz prolator da sentença inovasse no feito em prejuízo da jurisdição superior do tribunal do recurso. O *atentado* teve, assim, em seu nascimento, estreitíssima relação com o instituto da execução provisória, cujos limites foram demarcados a partir do conceito medieval de

¹⁸ “La prevalenza, a seguito delle invasioni barbariche, del principio dell’autodifesa privata e della vendetta, nonché la carenza di un’appropriata tutela giurisdizionale, determinata anche dall’inadeguatezza degli organi della pubblica amministrazione, legittimano e giustificano una sempre più accentuata ‘autogiustizia individualistica’, che si esprime nell’esercizio della *vis privata* (dall’irrogazione della massima sanzione, la morte, sino all’apprensione materiale della persona dell’obbligato e dei suoi beni) a prescindere da ogni e qualsiasi controllo da parte della potestà giurisdizionale” (ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza*. Ob. cit., p. 4-5).

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, tomo VI, 1999, p. 393-395. Segundo ele, “o direito romano não conheceu o instituto do arresto. Com as suas raízes germânicas, desenvolveu-se ele no processo civil comum, conforme se lê em Otto Gierke. Ao contrário de Adolf Wach, Hermann Rudorff distingue a evolução italiana e a evolução germânica: aquela desde a penhora arbitrária do direito longobardo; esta, desde a época carolíngia” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do arresto ou embargo*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 9).

²⁰ PACHECO, José da Silva. *O atentado no processo civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 49.

atentado²¹.

Dentre as grandes codificações deste período intermediário, destaca-se, evidentemente, o código canônico (*codex iuris canonici*). Em seu cânone 1672, prevê ele – desenvolvendo modalidades de *inibitiones exerciti iuris*, existentes em legislações esparsas – uma forma de medida cautelar atípica, assemelhada à medida cautelar inominada prevista no direito atual. Dizia o preceito que aquele que tivesse motivo para temer um dano iminente a uma pretensão própria poderia, não apenas fazer impedir o sujeito passivo, mas ainda realizar seu direito, protegido pela lei.²²

Da mesma forma, as Ordenações Afonsinas, de 1446, baseadas no *Corpus Iuris Civilis*, tratavam detidamente, em seu Livro III, Título 25, dos instrumentos destinados à segurança da execução – especificamente do embargo (arresto) e do seqüestro. Também as Ordenações Manuelinas (1521) previam modalidades de proteção provisória, como é o caso das chamadas *ações interrogatórias*, por meio das quais o juiz questionava a parte requerida a respeito de certa questão; caso se demonstrasse que a resposta era falsa, a coisa litigiosa era entregue ao requerente, até o final do processo. Por fim, as Ordenações Filipinas, em seu Livro III, título 31, aludiam tanto aos procedimentos assecuratórios da execução, como às ações interrogatórias.²³

2.3 – ANTECEDENTES PRÓXIMOS

As figuras até aqui vistas, embora possuíssem certo caráter cautelar, não eram concebidas com nenhum caráter científico, nem se sujeitaram a qualquer espécie de investigação concreta em sua época, sequer sendo consideradas como inerentes à jurisdição estatal. Consubstanciavam, apenas, respostas a necessidades do processo, no objetivo de fazer frente à demora natural da resposta jurisdicional do Estado.

²¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 496.

²² ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. Ob. cit., p. 8.

²³ Cf. BIRCHAL, Alice de Souza. Ob. cit., p. 224.

De fato, apenas por volta de 1800 começa a haver o delineamento de uma tutela cautelar de cunho efetivamente jurisdicional, em especial “através da disciplina legal de específicos meios de cautela, como o sequestro (conservativo e judicial), a denúncia de nova obra e de dano temuto, além das inibições. Próprio no instituto das inibições taluno quer ver o precedente histórico mais próximo a aquele dos atuais procedimentos de urgência”.²⁴ Nesse sentido, os Códigos sardos, de 1854 e de 1859, disciplinam diversas figuras de natureza cautelar, dando-lhes contornos próximos aos atuais, autorizando, até mesmo, a outorga de proteção cautelar inominada, não arrolada como figura típica pela legislação.

Por outro lado, o Código de Processo Civil italiano de 1865 representou (em certa medida) um retrocesso nessa tendência, já que, embora previasse “procedimentos conservativos” (os *sequestri*, e a *denunzia di nuova opera e di danno temuto*), no seu livro III (que tratava dos procedimentos especiais), não aludia às *inibizioni*, impedindo ao magistrado a concessão de medidas cautelares atípicas.²⁵ Este cenário, porém, de restrição legal do campo de incidência da tutela cautelar, não conseguiu sobrepor-se às necessidades da realidade, de forma que a jurisprudência teve de suprir a deficiência legal, outorgando interpretação extensiva aos instrumentos previstos, a fim de permitir cobertura maior para a tutela de segurança. A respeito, salienta Giovanni ARIETA:

In realtà, tutti gli sforzi della giurisprudenza traevano spunto da un’aperta insoddisfazione in ordine alla disciplina positiva dei tipici mezzi di tutela cautelare, così come contenuta nel codice di procedura civile del 1865, e dalla esigenza di ‘creare un terreno cautelare più ampio nel quale il giudice potesse muoversi a suo bell’agio, evitando gli sconfinamenti e le improprietà’.²⁶

Aberto, então, estava o campo para as investigações doutrinárias que culminaram com as atuais tendências da tutela cautelar. A experiência frustrada da legislação italiana – em pretender limitar o poder cautelar do juiz, fixando taxativamente as hipóteses em que ela seria cabível – fez nascer orientação no sentido da ampliação e abertura deste poder, permitindo que ele pudesse adaptar-se à realidade

²⁴ ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza*. Ob. cit., p. 6.

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 9-10.

e às necessidades de cada caso concreto.

CHIOVENDA foi um dos primeiros grandes expoentes a defender esta ampliação da função cautelar. Concebia ele a tutela cautelar como representante de espécie distinta de ação, que não poderia ser considerada como acessória do direito assegurado. Dizia ele:

El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es una forma autónoma de acción (acción aseguradora): y es mera acción que no puede considerarse como accesorio del derecho asegurado (cautelado) porque existe como poder actual cuando aún no se sabe si aquel derecho existe; e ínterin, el demandado no tiene obligación ninguna de cautela antes de la resolución del juez. Y también aquí el derecho a la resolución de 'cautela' es un derecho del Estado fundado en las necesidades generales de la tutela del derecho.²⁷

Deste modo, inicia-se a pensar a medida cautelar como uma ação, autonomizando seu estudo das demais figuras processuais.²⁸ Mais que isso, CHIOVENDA considerava existente um *poder geral de cautela*, entregue ao magistrado e decorrente de todo o sistema de medidas preventivas e conservativas previsto na ordem jurídica italiana. Por isso, este poder seria mesmo independente da existência de previsões específicas (na legislação) a respeito da necessidade de proteções de segurança.²⁹

Em contraste com esta opinião, defendeu CALAMANDREI a ausência deste poder geral.³⁰ Este autor, de todo modo, é responsável por um marco no estudo do processo cautelar. Em sua obra “Introdução ao estudo sistemático das providências cautelares”, fixa ele as diretrizes fundamentais do estudo atual das medidas cautelares, em um dos primeiros estudos específicos da matéria, em que o autor busca conceber um sistema desta matéria.

Em razão da importância deste trabalho para o estudo da tutela cautelar, a obra é utilizada como referência primeira nesta pesquisa, e é tratada como ponto de

²⁶ *Idem, ibidem*, p. 12.

²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. José Casáis y Santalo. Madrid: Reus, Tomo I, 1922, p. 261-262.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Do processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1976 p. 50.

²⁹ ARIETA, Giovanni. *Ob. cit.*, p. 13.

³⁰ *Idem, ibidem*, p. 13-14.

partida das investigações aqui produzidas.

2.4 – A EVOLUÇÃO DO PROCESSO CAUTELAR NO DIREITO BRASILEIRO

Superada a fase da vigência, no Brasil, das Ordenações do Reino (já examinadas anteriormente), viu-se flagrante evolução, no direito pátrio, do tema da tutela cautelar.

O Regulamento 737, de 1850, representou a primeira sistematização nacional dos processos cautelares específicos (preparatórios e preventivos). Classificava ele estes processos em: embargos ou arresto (art. 321); detenção pessoal (art. 343); protestos (arts. 358, 370 e 390); e depósitos e habilitações em causas comerciais (arts. 393 e 403).

As legislações processuais estaduais também acompanharam semelhante disciplina da matéria, tratando de diversas hipóteses de medidas cautelares. Não havia, porém, unidade sistemática, sendo os procedimentos freqüentemente tratados como “processos preparatórios, preventivos e incidentais”.³¹

O Código de Processo Civil de 1939 não olvidou o tema, tratando das medidas cautelares incidentais e preparatórias sob o título de “Medidas Preventivas”, dentre os chamados “processos acessórios”. Em suma, porém, o tratamento da matéria não sofreu modificação relevante, sendo basicamente mantido o mesmo regime existente antes da unificação do processo brasileiro.³²

Por fim, tem-se o Código de Processo Civil atual, que dedica todo um livro (o Livro III) ao processo cautelar, dando-lhe autonomia procedimental (artigo 796) e estudo sistemático próprio, na linha do que preconiza a doutrina mais moderna, mesmo estrangeira. Eis, em linhas gerais, os termos da tutela cautelar no Código de Processo Civil atual, conforme se coloca na sua própria Exposição de Motivos:

³¹ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Código do processo civil e commercial do Estado de São Paulo*. São Paulo: Saraiva, v. II, 1930, p. 385.

³² LACERDA, João Manoel Carneiro. *Código de processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1941, v. 4, p. 1-2.

O Livro III, relativo ao processo cautelar, se divide em dois capítulos. O primeiro contém disposições gerais sobre medidas inominadas e o procedimento que deve ser observado assim em relação a estas como aos procedimentos cautelares específicos regulados no capítulo seguinte. O projeto disciplina os seguintes procedimentos cautelares específicos: o arresto, o seqüestro, a caução, a busca e apreensão, a produção antecipada de provas, os alimentos provisionais, o arrolamento de bens, o atentado, a posse em nome de nascituro, protestos, notificações e interpelações, justificação, nunciação de obra nova e outras medidas, como obras de conservação em coisa litigiosa, entrega de objetos e bens de uso pessoal da mulher e dos filhos, a posse provisória, a guarda e a educação dos filhos, o depósito de menor e o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

A disciplina da matéria, mais extensa e detalhada, dá conta da preocupação do legislador de 1973 com a matéria, permitindo campo mais fértil para o estudo das tutelas cautelares no direito atual.

3 – DIREITO COMPARADO

3.1 – O DIREITO ITALIANO

Também o direito italiano concebe diversas modalidades de tutela cautelar. Fundamentalmente, poder-se-ia dizer que existe o seqüestro conservativo, para a proteção de direitos de crédito; o seqüestro judiciário, para a proteção de outros interesses (normalmente lastreados em direito real); e uma medida cautelar genérica (prevista pelo art. 700, do Código de Processo Civil italiano), que objetiva a proteção dos demais interesses. As outras medidas cautelares, previstas em legislação esparsa podem, *ultima ratio*, enquadrar-se em uma destas categorias.³³

O direito italiano passou, em recente período, por profunda reforma legislativa, no que se refere à tutela cautelar. De fato, antes de 1990, havia inúmeras medidas cautelares específicas, espalhadas pela legislação italiana. A reforma conduzida a partir daquele ano, por seu turno, teve como característica marcante a previsão de um procedimento cautelar comum, aplicável a todas as medidas cautelares (mesmo às não reguladas pelo capítulo III, do livro IV, do Código).

Por conta disso, após esta modificação legislativa, é possível dizer, na síntese apresentada por Giovanni VERDE³⁴, que o sistema cautelar italiano se caracteriza pelos seguintes elementos: *a)* não existe um poder geral de cautela do juiz;³⁵ *b)* existem figuras cautelares específicas e nominadas, consistentes em medidas subsidiárias, com pressupostos de atuação bastante restritos (como o “*pregiudizio imminente e irreparabile*”); *c)* a reforma não mexeu na individualização das medidas cautelares específicas, cujos pressupostos e conteúdo permanecem imutáveis; *d)* a reforma alterou, por outro lado, o procedimento; *e)* assim, a reforma, embora tenha alterado o

³³ Cf. MONTESANO, Luigi. “Sulle misure provvisorie in Italia” in *Les mesures provisoires en procedure civile – atti del colloquio internazionale*. Milano: Giuffrè, 1985, p. 115.

³⁴ VERDE, Giovanni. “Il processo cautelare (osservazioni sparse sui codici di procedura in Italia e in Brasile)”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 79, jul-set/1995, p. 37.

³⁵ A doutrina italiana entende que mesmo a previsão genérica do art. 700, do Código de Processo Civil italiano, não se presta a abarcar a noção de poder geral de cautela do juiz, já que esta

sistema positivo das medidas reguladas no capítulo III, do livro IV, do código italiano, limitou-se a, em relação às demais medidas, estabelecer que as novas disposições a propósito do procedimento são a estas também aplicáveis, no que forem compatíveis.

Quanto aos aspectos procedimentais da tutela de urgência na Itália, admite aquele sistema a concessão de provimentos cautelares tanto na pendência de processo principal, como por via autônoma. O conteúdo da medida é tipificado para os seqüestros, mas não para as tutelas veiculadas com base no art. 700, do Código de Processo Civil, caso em que o juiz pode adequar a prestação às peculiaridades do caso concreto – sendo mesmo comum a outorga de provimentos com caráter nitidamente antecipatório.

Relativamente à possibilidade de concessão *ex officio* de medidas cautelares, o direito italiano não contempla esta possibilidade. De fato, há, no entender daquele sistema, completa incompatibilidade entre esta possibilidade e o princípio da demanda, de forma a tornar inviável aquela prerrogativa do magistrado. A este respeito, salienta VERDE que “In Italia inutilmente andreste alla ricerca di una norma che autorizzi il giudice ad emanare provvedimenti cautelare d’ufficio; e si ritiene, di conseguenza, che non c’è ragione per non applicare anche in questo settore il generale principio della domanda, codificato nell’art. 99 c.p.c.”³⁶

3.2 – O DIREITO FRANCÊS

O direito francês atual trata as medidas cautelares com o nome de *mesures provisoires*. Não há disciplina sistemática da matéria, existindo menção, em diversos diplomas processuais, de figuras de índole cautelar. Isto faz com que o tratamento dado ao tema, no processo francês, seja heterogêneo e descontínuo, dificultando sua

medida não pode ser utilizada para a tutela dos direitos que são satisfeitos por meio de expropriação forçada ou de execução forçada por entrega de coisa (cf. MONTESANO, Luigi. Ob. cit., p. 116).

³⁶ VERDE, Giovanni. Ob. cit., p. 41. No mesmo sentido, v., GRINOVER, Ada Pellegrini. “La tutela cautelare atípica nel processo civile brasiliano” in *Les mesures provisoires en procédure civile – atti del colloquio internazionale*. Milano: Giuffrè, 1985, p. 131.

análise, especialmente do ponto de vista do direito comparado.³⁷

De todo modo, o direito francês admite – sem fazer qualquer distinção com a tutela cautelar genuína – a tutela de urgência de cunho satisfativo (antecipação de tutela), sendo, aliás, esta modalidade de proteção, a regra das tutelas de urgência no direito atual.³⁸

Por conta destes caracteres, a doutrina francesa classifica as tutelas cautelares (aí incluídas, também, as medidas de antecipação) em três categorias fundamentais:³⁹

a) as medidas de espera (*mesures provisoires d'attente*), que visam à salvaguarda ou à organização temporária de uma situação conflituosa, sem importar em solução (ainda que provisória) do conflito de interesses. Tais medidas são particularmente importantes no curso de ações de divórcio – em que é necessária a regulação provisória de diversas situações, como os alimentos, a guarda dos filhos etc. – o que não exclui seu cabimento em relação a outras espécies de demandas.

Em razão da elevada diversidade das medidas arroladas nesta categoria, não há relação exaustiva prevista na lei francesa, que admite o uso, no caso concreto, da medida mais adequada à situação específica.

Esta espécie de medida é admitida, no direito francês, tanto no curso, como antes de instaurado o processo principal (*mesures provisoires préventives*). Estas últimas, ademais, tanto podem ser concedidas por meio de *référé* – após o requerimento de uma das partes e ouvido o adversário, por decisão do presidente da jurisdição – como por *voie de requête* – ou seja, mediante requerimento exclusivo de uma das partes, sem ciência da outra.

b) as antecipações de julgamento (*mesures d'anticipation sur le jugement* chamada também de *référé-provision*), que visa à obtenção de uma medida que antecipe o exame do mérito do direito debatido na demanda, como é o caso da reintegração do empregado em seu trabalho, ou a proibição de funcionamento de

³⁷ Cf. PERROT, Roger. “Les mesures provisoires en droit français” in *Les mesures provisoires en procédure civile – atti del colloquio internazionale*. Milano: Giuffrè, 1985, p. 150.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 153.

³⁹ *Ibidem, ibidem*, p. 154 e ss.

empresa por falta de segurança. Conquanto se trate de providência extrema – e aplicada com redobrada cautela – entende-se cabível ela em qualquer domínio do direito francês (salvo em questões envolvendo a Administração Pública) desde que consista em adiantamento de soma pecuniária.

Seu pressuposto especial – ao contrário do que se exige tradicionalmente para a concessão de cautelares (genuínas) – é a constatação de que a obrigação não seja seriamente contestável (“*l’obligation ne soit pas sérieusement contestable*”, conforme estabelecem os arts. 771 e 809, do novo Código de Processo Civil francês). A decisão pode ser concedida nos limites desta ausência de contestação séria e é título executivo em benefício do interessado.

c) as antecipações de execução (*mesures d’anticipation sur l’exécution*), consistentes na execução provisória e na adoção de providências conservativas no curso de processo de execução (como a *saisie conservatoire*, que corresponde à apreensão de bens do devedor, no curso da execução).

Em regra, para a concessão de qualquer modalidade de tutela de urgência, exige-se três requisitos: a competência do tribunal civil para o conhecimento do mérito; a urgência na tutela; e a ausência de perigo ao exame do pedido principal (prejuízo ao exame do mérito da ação principal).⁴⁰

3.3 – DIREITO ALEMÃO

O direito alemão contém diversos dispositivos também, que oferecem proteção preventiva (e provisória) aos interesses. Alude-se, lá, ao chamado *vorsorglicher Rechtsschutz*, ou seja, o direito a uma proteção judiciária preventiva, que enfatiza, porém, a circunstância de que a tutela provisória não deve ser (embora o direito alemão admita isso, excepcionalmente) satisfativa, buscando, em princípio,

⁴⁰ ROCHA, José de Moura. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, v. VIII, 1981, p. 48-49.

apenas a simples preservação do direito, para ulterior satisfação.⁴¹

Fundamentalmente, a disciplina das tutelas cautelares se encontra a partir do § 916, da ZPO. Há, porém, figuras esparsas, de caráter preventivo, especialmente em matéria de divórcio.⁴²

Há, basicamente, duas grandes medidas cautelares, no sistema alemão: o *Arrest*, para a proteção de créditos em dinheiro, e a *Einstweilige Verfügung*, para a tutela preventiva dos demais direitos. Ambas as medidas têm caráter meramente assecuratório e são cabíveis tanto antes como durante o processo principal.

O arresto se divide em duas etapas essenciais: uma primeira destinada ao seu julgamento e outra em que se busca a “execução” da sentença favorável. Tem por pressuposto a discussão a respeito de dívida em dinheiro e a possibilidade de frustração da sentença final condenatória pelo suposto devedor.

Excepcionalmente, admite o direito alemão a concessão desta medida *inaudita altera parte*, embora em regra exija a oitiva prévia do réu, para o exame do cabimento ou não da pretensão cautelar do requerente. De toda sorte, o tribunal pode ordenar ao requerente – mediante pedido do requerido – que proponha a ação principal (em prazo assinalado pela corte), sob pena de caducidade da medida cautelar concedida (§ 926 da ZPO). Por outro lado, na fase de execução da medida cautelar obtida, busca-se não a satisfação do crédito, mas a concessão de garantia suficiente, sendo que, em caso de improcedência da demanda principal, tem o requerido direito a perdas e danos.

Em situações extraordinárias, o direito alemão admite uma variação deste arresto acima referido que, ao invés de buscar bens do suposto devedor, tem por objetivo a sua prisão (*persönlicher Arrest*, prevista pelos §§ 918 e 919, da ZPO). Esta medida apenas tem cabimento quando o devedor tenta fugir para não pagar suas dívidas, ou se recusa a apresentar-se ao tribunal para responder questões a respeito de seu patrimônio.

⁴¹ HABSCHEID, Walter J. “Les mesures provisoires en procédure civile: droits allemand et suisse”. *Les mesures provisoires en procédure civile – atti del colloquio internazionale*. Milano: Giuffrè, 1985, p. 33-34.

⁴² *Idem, ibidem*, p. 34.

Quanto à outra medida cautelar admitida (*Einstweilige Verfügung*) presta-se a medida a diversos fins, que vão desde a manutenção do *status quo* da causa, passando pela tutela provisória da prova do processo principal, e indo até a regulação provisória do objeto do processo (principal).⁴³

No campo de tais tutelas residuais cautelares, destaca-se a figura da *condenação provisória* (*Befriedigungsverfügung*), prevista pelo § 940, da ZPO. Esta medida – em tudo assemelhada às tutelas antecipadas do direito brasileiro – autorizam o juiz, em certas circunstâncias, a satisfazer, provisoriamente, o interesse do demandante, impondo o pagamento de certa prestação de forma imediata, antes mesmo da conclusão do processo principal.

No que tange à extensão dada aos poderes do juiz – e especificamente em relação ao tema que interessa a esta monografia –, no campo desta função cautelar, autoriza a lei alemã ao juiz do tribunal de onde se localiza o objeto litigioso (*forum rei sitae*) a conceder medida urgente, outorgando prazo para o beneficiário requerer audiência oral sobre a decisão concedida, diante do juiz da demanda principal. Não sendo cumprido este prazo, caduca a medida liminarmente concedida.⁴⁴ Trata-se, porém, de situação excepcional, admitida apenas em casos de urgência extrema.

No mais, o direito alemão – ao lado de admitir a fungibilidade entre as medidas cautelares – costuma vincular a atividade *ex officio* do magistrado em matéria cautelar à inscrição de ônus processuais nos registros imobiliários (§ 941 ZPO).

3.4 – O DIREITO PORTUGUÊS

O direito português oferece, da mesma forma do que ocorre com os demais sistemas, variada estrutura de procedimentos cautelares. Outrossim, seguindo a linha dos demais sistemas, não se outorga, neste ordenamento, autonomia (senão

⁴³ *Idem, ibidem*, p. 42-45.

⁴⁴ “Mais dans ce contexte il faut mentionner le § 942 ZPO qui prévoit qu’en cas d’urgence, le juge du tribunal d’instance où se trouve l’objet litigieux (à savoir le juge du *forum rei sitae*), peut rendre une mesure en octroyant au demandeur un délai dans lequel il faut demander une audience

procedimental) à tutela cautelar, que é sempre dependente do processo principal (em que o direito acautelado deve ser realizado).⁴⁵ Em resumo, citando Antunes VARELA, J. Miguel BEZERRA e SAMPAIO E NORA, pode-se dizer que o sistema de tutelas cautelares, no direito português é estruturado da seguinte forma:

A legislação processual vigente, clarificando o regime instituído pelo Código de 1939, manteve as providências herdadas da legislação anterior, a que o Código impropriamente chamava ‘*processos preventivos e conservatórios*’. Porém, ao lado dessas providências *nominadas ou específicas* (como os alimentos provisórios, a restituição provisória de posse, a suspensão das deliberações sociais, o arresto, o embargo de obra nova e o arrolamento), o Código de 1961 admitiu *as providências cautelares não especificadas*, generalizando a figura a todas as situações em que, na iminência ou na pendência da acção, haja *periculum in mora*.⁴⁶

Dessa forma, e à semelhança do que ocorre no direito brasileiro, a legislação portuguesa conhece não apenas as providências cautelares específicas, como ainda o poder geral de cautela, aplicável a qualquer situação em que exista a aparência de existência do direito ameaçado e o perigo concreto de sua lesão. Em tais casos, vale salientar, pode o magistrado adotar a providência mais adequada à situação específica, oferecendo a proteção apropriada para a ameaça de lesão narrada. A respeito – prevendo mesmo a possibilidade de medidas antecipatórias – é claro o art. 381º, n. 1, do Código de Processo Civil português, ao estabelecer que “sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado”.⁴⁷

Relativamente à possibilidade de medidas cautelares de ofício, o direito

orale concernant l’ordonnance devant le juge de la demande principal. Le délai passé, sans cette demande, le juge annule, sur demande, sa décision de mesure provisoire” (*idem, ibidem*, p. 49).

⁴⁵ Cf. VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 24.

⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 26/27.

⁴⁷ Como sublinham Wanda FERRAZ DE BRITO, Fernando LUSO SOARES e Duarte ROMEIRA MESQUITA, “as providências cautelares inominadas, a que se refere o art. 399º (hoje, art. 381º), têm como pressupostos legais: a) A existência de um litígio, já ou ainda não traduzido em acção, fundada num receio do requerente; b) O justo receio de que outrem cause lesão grave e de difícil reparação a esse direito; c) Não existir providência específica para o acautelar” (BRITO, Wanda

português segue, basicamente, a mesma orientação italiana. Não há previsão, no direito positivo desse país, da tutela cautelar *ex officio*, o que faz com que a doutrina sequer examine esta possibilidade. Também aqui se parte da premissa de que o princípio da demanda seria ofendido se – ante a ausência de expressa previsão em contrário – fosse autorizado ao magistrado agir de ofício.

4 - NATUREZA DA TUTELA CAUTELAR

4.1 – NATUREZA PROCESSUAL DAS MEDIDAS CAUTELARES

Para os defensores da natureza processual das medidas cautelares, elas são emanadas com o propósito de proteger o resultado útil do processo principal ao qual se conectam instrumentalmente. Entre seus mais expressivos representantes figuram, no direito comparado, CARNELUTTI, CALAMANDREI e LIEBMAN. No Brasil, destacam-se as contribuições oferecidas por Alfredo de Araújo LOPES DA COSTA, Cândido Rangel DINAMARCO e Humberto THEODORO JÚNIOR.

Atribuir às medidas cautelares natureza processual significa afirmar que seu escopo principal não consiste na efetiva aplicação do direito material, mas sim na asseguuração de que o processo principal ou definitivo, ao qual se vinculam em uma relação de subsidiariedade, esteja apto a desempenhar adequadamente sua função, por meio da proteção de seu objeto até a final solução da controvérsia.⁴⁸

Ao se tomar em conta tal perspectiva, acaba-se por conferir aos provimentos cautelares um objetivo de certa forma publicístico. Isso porque, a conservação dos meios idôneos a garantir a eficácia prática dos provimentos jurisdicionais deve ser entendida pelo Estado como uma necessidade de ordem pública, relativa ao adequado funcionamento da jurisdição. Assim, os provimentos cautelares devem ser interpretados como os “instrumentos puestos al servicio de la jurisdicción, a fin de impedir que el **law’s delay** de shakesperiana memoria concurra a aumentar, com la involuntaria complicidad de la justicia, los daños derivados de la lesión del derecho”.⁴⁹ Cândido Rangel DINAMARCO aponta que as medidas de urgência (tanto cautelares como antecipações de tutela) “...são instrumentos da **guerra sem trincheiras** que o

⁴⁸ A respeito, considera José Frederico MARQUES que “são assim denominadas as ações em que se pede uma prestação jurisdicional de caráter instrumental tendente a garantir resultado profícuo a processo de outra natureza” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. II, p. 56).

⁴⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Tradução de: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 142.

juiz trava contra o **tempo-inimigo**".⁵⁰ No entanto, observa que as medidas cautelares, diferentemente das antecipações de tutela, não têm caráter satisfativo, vez que nada criam em vantagem do beneficiário, resguardando apenas a eficácia do processo principal.⁵¹

Embasados em tais características, alguns autores asseveram que as medidas cautelares se direcionam, mais do que à tutela de interesses individuais, aos interesses da administração da justiça e de seu bom funcionamento.

4.1.1 - A instrumentalidade das medidas cautelares

Os primeiros estudos aprofundados sobre as medidas cautelares foram realizados por processualistas italianos representantes da fase dogmática do processo civil. CARNELUTTI foi pioneiro na tentativa de identificação da jurisdicionalidade de tais medidas a partir dos fins a que se dispunham. Ensina o mestre italiano que o processo é "...meio para a composição de uma lide ou para a definição de um negócio".⁵² No entanto, o processo cautelar, em oposição ao referido entendimento, "...serve não imediatamente, mas sim mediatamente a esse objetivo, enquanto seu fim imediato está em garantir o desenvolvimento ou o resultado de outro processo distinto".⁵³ Dessa forma, conclui-se que, para CARNELUTTI, ao passo que a função cautelar, de caráter marcadamente provisório e acessório, visa a garantir a efetividade do processo definitivo, "...os processos definitivos, assim entendidos os de

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Ob. cit., p. 1416.

⁵¹ Grande parte da doutrina processual brasileira atribui ao critério da satisfatividade o papel de estabelecer a distinção entre as antecipações de tutela e os provimentos de natureza cautelar. Nesse sentido, as primeiras são classificadas como satisfativas, porquanto não só antecipam os efeitos da decisão final do processo, como também, por assim proceder, alteram substancialmente a situação em que se encontram as partes em litígio. As medidas cautelares, contudo, não são aptas a proporcionar a mesma satisfatividade, pois sua existência se volta à proteção da vida do processo. Dessa forma, toda sua estrutura e mecanismos visam a assegurar a preservação dos meios para a obtenção de um resultado final útil no processo principal, o qual efetivamente tem o condão de realizar direitos.

⁵² CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Tradução de: Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, v. 1, 1999, p. 133.

⁵³ *Idem, ibidem*, p. 133.

conhecimento e de execução, teriam como escopo imediato a composição da lide, o que significava, amoldando à linguagem carneluttiana, a atuação do direito subjetivo material ao caso concreto resolvendo com estabilidade o conflito (ainda que decidindo por equidade ou presunção)”.⁵⁴

A despeito da enorme contribuição de CARNELUTTI para o desenvolvimento do tema, há que se reconhecer a insuperável importância da construção teórica elaborada por CALAMANDREI. Foi ele o primeiro jurista italiano a efetivamente sistematizar o estudo dos provimentos cautelares. Segundo assinala em nota de advertência de sua clássica *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, escreveu a referida obra motivado pela falta que constataria na doutrina italiana da primeira metade do século XX, de construções teóricas sobre a matéria. Sustenta, nesse campo, a existência de um verdadeiro “vacío casi absoluto de estudios monográficos que ha durado cerca de treinta años (de un artículo de DIANA, que es de 1909, a uno de ALLORIO, aparecido mientras corrijo las pruebas de este volumen), las orientaciones sólo pueden buscarse en la enseñanza, también en este aspecto fundamental, de los principios y de las instituciones de CHIOVENDA, y en algún brate genial de las lecciones de CARNELUTTI.”⁵⁵

É inegável a imensa relevância para o tema que os sucessivos estudos realizados por CARNELUTTI e CALAMANDREI representam. Enquanto o primeiro “...prossegiu sua análise procurando identificar a peculiaridade do fim a que pudesse estar servindo a função cautelar, CALAMANDREI centrou seus estudos nas especiais características dos provimentos ou das medidas cautelares. As pesquisas convergiram para os mesmos resultados.”⁵⁶

Para CALAMANDREI, os provimentos cautelares são dotados de autonomia em relação aos dois grandes grupos de provimentos de cognição e de execução. Todavia, para ele, o critério de distinção entre essas duas modalidades de provimentos

⁵⁴ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de processo civil*. Ob. cit., p. 99

⁵⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistematico de las providencias cautelares*. Ob. cit., p. 23.

⁵⁶ CUNHA, Alcides Munhoz da Cunha. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 99.

não é o mesmo utilizado para a diferenciação das providências cautelares em relação às demais existentes, às quais chama de principais. “Estos dos criterios de clasificación, que están situados, podríamos decir, sobre dos diversas dimensiones, pueden seccionarse y combinarse entre sí, pero no fundirse en una clasificación única.”⁵⁷

Importa salientar a preocupação de CALAMANDREI em evidenciar a fisionomia instrumental das providências cautelares, a qual permite seu enquadramento na estrutura do processo como uma categoria em si.

La definición de las providencias cautelares, sin salir del campo procesal, ha de buscarse, más que a base de un criterio ontológico, a base de un criterio teleológico: no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de la providencia principal), a que sus efectos están preordenados; ya que éstos aparecen desde su iniciación destinados a extinguirse en el momento en que puedan ceder el puesto o los efectos de la providencia principal.⁵⁸

Assim, a instrumentalidade é a característica que, por excelência, atribui aos provimentos cautelares a defendida autonomia processual; corresponde à nota típica dos provimentos cautelares que jamais representam um fim em si próprios, mas estão necessariamente predispostos à emanção de um **posterior provimento definitivo**, do qual preventivamente asseguram o proveito prático.⁵⁹ Nesse sentido, os provimentos cautelares têm sua existência subordinada ao processo principal, constituindo função precípua daqueles a guarda e a garantia dos meios necessários para o êxito deste.

Dessa forma, os provimentos cautelares despontam como instrumentos dos instrumentos, vez que dotados de uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada ao quadrado.⁶⁰ Ao serem tomados em relação com a finalidade última da atividade jurisdicional, verifica-se que procuram garantir os meios para a melhor realização do

⁵⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistematico de las providencias cautelares*. Ob. cit., p. 35.

⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 137.

⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 44. Também assim ensina José Frederico MARQUES, dizendo que “a ação cautelar é um *tertium genus* em relação às ações de conhecimento e às ações executivas, que se caracteriza pela sua função instrumental e auxiliar no tocante a um processo principal, cujo sucesso procura garantir e tutelar” (MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 56).

⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 45.

processo principal que, a seu turno, ocupa-se em aplicar o direito ao caso concreto. Nesse sentido, ensina DINAMARCO ser “...curial, na doutrina das medidas e das demandas cautelares, a sua **instrumentalidade de segundo grau**, ou seja, instrumentalidade a uma demanda ou medida jurisdicional principal.”⁶¹ Desse modo, as medidas cautelares devem ser entendidas como “instrumentos de apoio a um processo principal, sendo este, sim, o produtor da efetiva tutela jurisdicional às pessoas. Os resultados de um processo cautelar não se projetam sobre a vida dos litigantes, nem lhes propiciam situações substancialmente melhores ou piores.”⁶²

Partindo desse raciocínio, Humberto THEODORO JÚNIOR afirma que “é verdade proclamada pelo direito positivo (art. 796) e reconhecida pela melhor doutrina que o processo cautelar, embora autônomo por seu objeto, não justifica sua existência por si mesmo, mas pela relação necessária que guarda com outro processo principal, isto é, de cognição ou de execução, ao qual serve como instrumento de segurança de eficaz atuação.”⁶³ Nessa linha, CARNELUTTI opõe ao processo cautelar o **definitivo** afirmando que “a função mediata do processo cautelar implica, portanto, a existência de dois processos em relação à mesma lide ou ao mesmo assunto; o processo cautelar, diferente do processo definitivo, não pode ser autônomo; o processo definitivo não pressupõe o processo cautelar, mas o processo cautelar pressupõe o definitivo.”⁶⁴

Seguindo a mesma base teórica de CARNELUTTI, CALAMANDREI demonstra que tais provimentos têm como finalidade imediata assegurar a eficácia do provimento definitivo e que, mediatamente e apenas na medida em que protegem o provimento principal, visam à aplicação do direito substancial. Vale dizer: trata-se de uma espécie de provimento que não tem por fim imediato satisfazer o direito subjetivo, a cuja finalidade serve apenas mediata e indiretamente, ao garantir o resultado do provimento principal.⁶⁵ Destarte, conclui-se que, “más que a hacer justicia contribuye a

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Ob. cit., p. 1415.

⁶² *Idem, ibidem*, p. 1415.

⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. Ob. cit., p. 42.

⁶⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Ob. cit., p. 135.

⁶⁵ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas: medidas preparatórias e medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: B. Álvares, 1958, p. 28.

garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.”⁶⁶

A instrumentalidade, enquanto figura como nota distintiva dos provimentos cautelares, é evidenciada, mais do que na essência do provimento em si, na relação em que ele se coloca com outro provimento, ao qual CALAMANDREI chama de **principal**⁶⁷, afastando-se, nesse ponto, da visão de CARNELUTTI, que contrastava o provimento cautelar ao definitivo.

Concluindo o exame introdutório da matéria, cabe ainda o exame daquilo a que CALAMANDREI chama de **instrumentalidade hipotética**. Parte ele da idéia de que os provimentos cautelares têm sua emanção condicionada a um prévio cálculo de probabilidade sobre o possível conteúdo do provimento definitivo. O *periculum in mora* é analisado em combinação com o *fumus boni iuris*, de forma que ao juiz seja viável a tentativa de antever em que sentido se dará a decisão final. Em outras palavras, o perigo é avaliado com base em uma previsão e em função de um provimento principal de conteúdo determinado.⁶⁸

Por fim, cabe invocar as significativas considerações de CALAMANDREI

⁶⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Ob. cit., p. 45.

⁶⁷ Conforme leciona CALAMANDREI, é incorreta a contraposição das providências cautelares às providências definitivas. Se por definitivo for entendido o provimento que põe fim ao processo, resta evidenciado o equívoco da opção terminológica, visto que há medidas cautelares autônomas, veiculadas em um processo próprio, separado e independente da controvérsia principal que são tão definitivas quanto as decisões finais que põem a termo o aludido processo principal. Se, por outro lado, for identificado o provimento definitivo com decisões de mérito, incorrer-se-á novamente em engano. Com efeito, as providências cautelares também incidem sobre o mérito (no caso, sobre o fundamento da ação cautelar). Se a oposição às providências definitivas for atribuída às providências provisórias, estar-se-á esquecendo que também são provisórias as decisões proferidas em função de cognição sumária. É claro que a provisoriedade de ambas as espécies de provimentos conta com fundamentos diferentes, mas esse fato certamente não os destitui da condição de provisórios. Ademais, os provimentos cautelares podem contar com a mesma estabilidade e imutabilidade dos provimentos chamados definitivos, na medida em que são estáveis e imutáveis até que seja proferido o provimento principal, momento em que, pela sua própria natureza, estão fadados a desaparecer. Destarte, conclui CALAMANDREI que é mais adequada a utilização do binômio *provimentos cautelares* e *provimentos principais*, vez que a expressão tem a virtude de destacar a acessoriedade dos provimentos cautelares, como decorrência da instrumentalidade que essencialmente os caracteriza.

⁶⁸ ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA enquadra, como uma das peculiaridades características da medida cautelar, a aludida instrumentalidade hipotética, haja vista que, tal provimento “...ligado subsidiariamente e teleologicamente a um provimento principal, nasce na expectativa (que pode não se realizar, residindo aí o malfadado vício da concepção) de que o provimento cautelar proteja definitivamente o provimento principal” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p.101).

que, ao reconhecer uma possível inadequação do adjetivo “instrumental” para qualificar os provimentos cautelares, ressalta que o primordial é a idéia a ele subjacente, vale dizer, a compreensão dos provimentos cautelares como mecanismos destinados a antecipar, no todo ou em parte, aqueles que supostamente serão os efeitos do provimento principal. Assim sendo, a sua duração está condicionada à emanção desse provimento principal que, independentemente de seu conteúdo, assinala “...necesariamente el término de su efímero ciclo vital.”⁶⁹

4.1.2 - Provisoriedade

A busca pela identificação de critério uno, capaz de diferenciar com precisão o processo cautelar dos demais processos jurisdicionais, culminou pela eleição, por alguns dos maiores processualistas italianos, da **provisoriedade** como nota distintiva dos provimentos de natureza cautelar. CARNELUTTI, por exemplo, assevera que “o que existe de diferente quando o processo é cautelar em comparação com o efeito do processo definitivo é o aspecto temporal da eficácia, a qual, se o processo é cautelar e, portanto, não visa mais do que a garantir o processo definitivo, não há razão para que se prolongue depois do momento em que se extingue ou se encerra o processo definitivo.”⁷⁰

⁶⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias sistematicas*. Ob. cit., p. 140.

⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de direito processual civil*. Ob. cit., p. 206. Cabe lembrar que CARNELUTTI, durante longos anos de estudo e observação do processo cautelar, manifestou diferentes convicções a respeito do tema em três oportunidades: em um primeiro momento, imputava às cautelares o objetivo de organizar ou sistematizar os fatos da lide. Todavia, percebeu que tal finalidade dificultaria a atribuição de jurisdicionalidade às cautelares que, ao revés, assemelhar-se-iam a uma espécie de tutela administrativa, haja vista a ocultação do nexo de referibilidade essencial ao enquadramento das medidas apontadas como função jurisdicional. Posteriormente, sustentou que o processo cautelar tinha como objetivo a composição provisória da lide. “Quanto ao modo, o processo cautelar reage sobre as relações jurídicas que nele são deduzidas, precisamente como o processo definitivo (...), a obrigação de entregar a coisa objeto da reivindicação é sempre a mesma tanto se é ordenado seu seqüestro judicial (art. 670), como se é reconhecida sua propriedade naquele que reivindica”, (*Idem, ibidem*, p. 206). Mesmo após a reformulação de seu entendimento originário, ainda não se sentia convencido da jurisdicionalidade do processo cautelar. Em um terceiro e conclusivo momento, atribuiu às cautelares o escopo imediato de tutelar o processo definitivo. Destarte, pôde estabelecer o imprescindível nexo de referibilidade entre a função cautelar e a pretensão deduzida no processo principal. (A propósito, confira-se CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de*

No mesmo sentido, Victor MARINS, ao destacar a subordinação da tutela cautelar aos fins do processo definitivo, escreve que:

A **ratio iuris** da tutela cautelar reside na proteção que outorga ao processo principal, visto ser essa sua finalidade. Assim, tão logo se extinga a relação jurídica processual a que dá proteção a cautela, cessa a razão para a existência desta, que permanece eficaz enquanto for útil. Afigura-se, portanto, a provisoriedade, nota essencial à tutela acautelatória, para assegurar, pelo tempo necessário, a eficácia do processo, que proporcionará juízo de certeza sobre a relação jurídica controvertida.⁷¹

O entendimento da provisoriedade como característica inerente aos provimentos acautelatórios é também comungado por Humberto THEODORO JÚNIOR que a identifica com a **duração temporal limitada** verificada nesses provimentos (os quais vigoram apenas durante o interregno estabelecido entre a sua decretação e a superveniência da esperada decisão definitiva). Para ele, os provimentos cautelares, “por sua natureza, estão destinados a ser absorvidos ou substituídos pela decisão definitiva de mérito.”⁷²

No intento de atribuir à provisoriedade um significado bem delimitado, apto a relacioná-la de forma necessária às cautelares, CALAMANDREI se preocupa em evidenciar a distinção entre *provisoriamente* e *temporariamente*. Confere à última conteúdo mais amplo, identificando-a com algo que não dura para sempre, com aquilo que, “...independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada.”⁷³ Por outro lado, provisório desponta como aquilo que deve durar até o momento em que sobrevenha um fato posterior, “en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante **el tiempo intermedio**.”⁷⁴

Alfredo de Araújo LOPES DA COSTA, ao abordar a mesma questão, sustenta que, enquanto o vocábulo *temporário* denota algo de duração temporal

Processo Civil, p. 97-99 e MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela na reforma do processo civil*, p. 46-47).

⁷¹ MARINS, Victor A. A. Bonfim. *Tutela Cautelar: Teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 123.

⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. Ob. cit., p. 67.

⁷³ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistematico de las providencias cautelares*. Ob. cit., p. 36.

⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 36.

limitada, *provisório* tem outro sentido, qual seja:

...é o que, por algum tempo serve até que venha o 'definitivo' (...); além do tempo, exige a previsão de outra coisa em que se sub-rogue. Os andaimes da construção são 'temporários'. Ficam apenas até que se acabe o trabalho no exterior do prédio. São, porém, definitivos, no sentido de que nada virá substituí-los. Já, entretanto, a barraca onde o desbravador dos sertões acampa, até melhor habitação, não é apenas temporária, é provisória também.⁷⁵

Ao relacionar as duas noções acima expostas, CALAMANDREI proclama que os efeitos jurídicos dos provimentos cautelares não só têm duração *temporária* como, uma vez que sua sobrevivência está cingida ao período de tempo que deverá transcorrer entre a sua emanação e a promulgação do provimento principal, são também inegavelmente *provisórios*.

No mesmo sentido, Humberto THEODORO JÚNIOR leciona que as medidas cautelares são *temporárias* e *provisórias* ao mesmo tempo. Sua temporariedade reside no fato de que duram apenas “enquanto se aguarda a solução do processo de cognição ou de execução, que é o principal, o que soluciona realmente a lide.”⁷⁶ De outra ponta, são tais medidas igualmente provisórias, porquanto forçosamente destinadas a serem substituídas por outra medida a ser determinada, com definitividade, pelo processo principal.⁷⁷

Partindo de outro enfoque, CHIOVENDA explica a provisoriedade das cautelares em diferentes termos. Eis suas palavras:

⁷⁵ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas: medidas preparatórias e medidas de conservação*. Ob. cit., p. 16. O autor destaca a existência de duas categorias gerais de medidas acautelatórias: as de direito material e as de direito processual. As primeiras consistem em um direito acessório, que potencializa as possibilidades de realização do direito principal. Podem derivar de estipulação contratual, ou de imposição legal. Nascem contemporaneamente ou logo após o surgimento do direito principal. Tomem-se, a título exemplificativo, a fiança ou a hipoteca. As segundas, por sua vez, decorrem, ao menos em regra, de decisão proferida pelo juiz. Visam primordialmente à tutela do processo principal e, apenas mediatamente, à realização do direito material em lide. Além disso, concretizam-se num momento em que a existência do direito material ainda é duvidosa. No que tange ao problema da transitoriedade de efeitos ora em exame, ressalta que as cautelas de direito material, em contraste ao que sucede com aquelas de natureza processual, são apenas temporárias, pois sobrevivem só até a satisfação do direito principal. A fiança, v. g., permanece até ser paga a dívida. (A propósito, ob. cit., p. 14-16).

⁷⁶ THEODORO Jr., Humberto. *Processo cautelar*. Ob. cit., p. 44.

⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 44.

A medida provisória atua uma efetiva vontade de lei, mas uma vontade consistente em garantir a atuação de **outra** suposta vontade de lei: se, em seguida, **v. g.**, se demonstra a inexistência de outra vontade, a vontade que se atuou com a medida provisória manifesta-se igualmente como uma vontade que **não teria devido existir**. A ação assecuratória é, por consequência, **ela própria, uma ação provisória**.⁷⁸

Pelo que foi demonstrado, conclui-se que as tutelas cautelares podem ser entendidas como provisórias na medida em que sua existência está condicionada, desde o seu nascimento, à superveniência de um esperado evento definitivo e estável, detentor do condão de fazê-las desaparecer, vez que alcançado o objetivo pelo qual se mantiveram vivas.

Calha ressaltar que, segundo a visão desses autores, embora seja possível afirmar que *toda medida cautelar é provisória*, o raciocínio inverso não é sustentável, ou seja, nem toda medida provisória exibe natureza cautelar. Observa-se que “...nem todos os provimentos provisórios são cautelares, como se pode, facilmente, notar na execução provisória ou nas decisões liminares em geral, nos procedimentos especiais, como a reintegração ou manutenção de posse.”⁷⁹

CALAMANDREI também reconhece que a provisoriedade não é exclusiva das cautelares. Por isso, a fim de isolar esta característica na dimensão cautelar, procura conferir-lhe certos atributos especiais. Assim, procede a uma detalhada distinção entre a provisoriedade dos provimentos cautelares e a das então chamadas ‘*declarações com predominante função executiva*’.⁸⁰ Ensina que, em certos casos em

⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. Tradução de: Paolo Capitanio Campinas: Bookseller, 1998, p.332.

⁷⁹ MARINS, Victor. *Tutela cautelar...* Ob. cit., p. 124. Da mesma forma, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR aponta, como caso típico de medidas provisórias que não são cautelares, as liminares proferidas nos interditos possessórios. Para esse autor, tais liminares se apresentam como entrega provisória e antecipada do pedido, consistindo em uma decisão satisfativa do direito, embora marcada pela precariedade. (THEODORO Jr., Humberto. *Processo cautelar*. Ob. cit., p. 67).

⁸⁰ Como mencionado, CALAMANDREI observa que a provisoriedade não é uma característica exclusiva dos provimentos cautelares. Identifica-a, também, nas mencionadas ‘*declarações com dominante função executiva*’. Para ele, no entanto, a noção de provisoriedade é utilizada para os dois grupos em dois sentidos profundamente diversos. Daí a necessidade de se investigar em que sentido **a provisoriedade pode considerar-se como nota específica distintiva desse grupo de procedimentos**. (CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Ob. cit., p. 38). Quanto às chamadas ‘*declarações com predominante função*

que a aceitação do conjunto probatório apresentado como fundamento do pedido pelo autor é maior, ou em que a especial natureza da relação em controvérsia faz considerar como improvável a existência em favor do réu de sérias razões para contestar a demanda, a lei autoriza que se proceda a uma cognição sumarizada, eliminando ou apenas limitando o contraditório do réu. Esse conhecimento sumário finda por alcançar, com maior simplicidade e celeridade que aquele que se realiza pelas vias ordinárias, a mesma meta, qual seja, a formação de um título executivo. Todavia, tendo em vista que a decisão assim proferida pode gerar alguma injustiça, os efeitos dela decorrentes são apenas provisórios.

Destarte, é lícito ao réu instaurar uma derradeira fase processual em que o juiz é chamado a examinar o contraditório, com o rol de investigações próprio da cognição ordinária. Na maior parte dos casos, no entanto, a despeito desse novo exame da relação controvertida, a decisão é mantida. Em outros casos, o réu sequer se manifesta por uma nova avaliação. Em ambas as hipóteses, a decisão provisória se consolida e se transforma em definitiva.

Segundo ensina o mestre CALAMANDREI “la provisoriedad de las llamadas **declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva** es un contrapeso y una atenuación de la **sumariedad** del procedimiento de cognición, a través del cual se emanan estas providencias, esto es, un caracter estrechamente conexo con el **modo de formación de la providencia**.”⁸¹

Os provimentos cautelares, a seu turno, não são provisórios em virtude de seu especial modo de formação, mas **por sua natureza**. Dirigem-se a seu esgotamento

executiva’, cabe uma breve menção à obra de CHIOVENDA. Em sua concepção, as referidas declarações têm como objetivo preponderante executar antecipadamente. Decorrem de situações em que a lei investe o juiz no poder de, verificadas certas condições, restringir a cognição ordinária e antecipar a execução. Embora nesses casos a cognição do juiz não seja plena e completa, como se dá com a cognição ordinária que precede a sentença condenatória, – é, em realidade, uma cognição sumária – por ‘declarações com predominante função executiva’ não está a se referir ao procedimento sumário. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Ob. cit., p. 289-291). Isso porque, o rito sumário apenas se caracteriza pela aceleração formal, com abreviação dos prazos processuais e limitação do número de atos que podem ser praticados; não há, porém, restrição na cognição judicial.

⁸¹ CALAMANDREI. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Ob. cit., p. 38.

quando o provimento principal, que incide sobre o mérito da controvérsia, é emanado. Com efeito, as ‘*declarações com predominante função executiva*’ são provisórias **em sua formação**, mas definitivas em sua finalidade. Já os provimentos cautelares, ainda que formados através de cognição ordinária, são provisórios na **finalidade**.⁸²

4.1.3 – *Periculum in mora*

Combinado com a probabilidade de existência do direito, exige-se o *periculum in mora* como requisito para a concessão da tutela cautelar. Relaciona-se este requisito ao estado de risco de lesão por que passa determinada situação de direito subjetivo, capaz de inviabilizar sua atuação ao final. Segundo Romeu Pires de CAMPOS BARROS, este requisito “consiste no estado de perigo no qual se encontra o direito principal, a possibilidade ou a certeza de que a atuação normal do direito chegaria tarde.”⁸³

A doutrina salienta, a respeito deste requisito, que o perigo de dano aqui examinado precisa revestir-se de certa dimensão e de um mínimo de especificidade, sob pena de inviabilizar a concessão da medida.

CALAMANDREI, com efeito, já apresentava esta ponderação, ao dizer que “o *periculum in mora* que constitui a base das medidas cautelares não é, então, o perigo genérico de dano jurídico, ao qual se pode, em certos casos, combater com a tutela ordinária; ao contrário é, especificamente, o perigo de ulterior dano marginal que poderia derivar da demora da providência definitiva, inevitável por causa da lentidão do procedimento ordinário.”⁸⁴

Não basta, portanto, a *possibilidade* de dano para que se admita a proteção cautelar; é necessária a constatação da sua *probabilidade*. Mas isso não é tudo: ao lado dessa iminência do dano, é importante que este perigo se dê por forma atual,

⁸² *Idem, ibidem*, p. 39.

⁸³ BARROS, Romeu Pires de Campos. “Do processo cautelar no Código de Processo Civil de 1973”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 1, jan-mar/76, p. 138.

⁸⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Ob. cit., p. 42.

apresentada por elementos objetivos, e seja capaz de representar um dano irreparável ou de difícil reparação ao interesse da parte.⁸⁵

Caracteriza-se, pois, o *periculum in mora* nessa concepção tanto na hipótese em que a demora da solução definitiva no processo principal resulte lesão grave ao direito ali debatido, quanto no caso em que possa haver alteração da situação controvertida, no curso do processo, causando-lhe um dano jurídico.⁸⁶

Costuma-se aludir a este requisito tratando, também, do chamado *periculum in mora* inverso. Significa isso dizer que a análise do perigo de dano vivenciado pelo direito afirmado também não pode desconsiderar o dano a ser causado ao interesse da outra parte (no caso de concessão da medida).

Vale dizer que o juiz deve, ao examinar se concede ou não a medida cautelar, verificar os gravames que, com essa conduta, serão causados à parte contrária, somente sendo-lhe lícito oferecer a tutela assecuratória nos casos em que não se cause prejuízo irreversível ou exagerado ao interesse do adversário do requerente.

4.1.4 - Referibilidade

A referibilidade indica a constatação de que as medidas cautelares – precisamente por não contarem com autonomia ontológica, mas apenas procedimental – devem sempre se referir a um processo principal, ou, mais precisamente, a um direito que será satisfeito em outro processo.

Por outras palavras, deve sempre haver uma referência a um direito

⁸⁵ RIBEIRO, Darci. “Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada”. *Ajuris*. N. 70. Porto Alegre: Ajuris, julho/97, p. 72. Na mesma linha de pensamento, assinala Humberto THEODORO JÚNIOR que “ocorre uma situação de ‘dano potencial’, ou seja, um risco criado para um interesse do litigante, em razão da demora do processo principal. A situação há de ser de tal forma que, concretizado o dano temido, o processo principal perderia sua utilidade para a defesa do possível direito do litigante” (THEODORO JR., Humberto. “Tutela jurisdicional cautelar”. *Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, n. 32. novembro/84, p. 13).

⁸⁶ ROCHA, José de Moura. Ob. cit., p. 58. Conclui este autor, aliás, que “entre nós o perigo refere-se a interesse processual orientado no sentido de se obter a justa composição do litígio que não poderá ser atingida se algum dano determinante do perigo, se concretizar. Pelo art. 798 do C.P.C. exige-se ‘fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra,

acautelado, cuja proteção se dá por meio da medida cautelar. Segundo Alcides MUNHOZ DA CUNHA, esta referibilidade é fundamental para a caracterização da tutela cautelar, sendo de sua própria essência. Segundo sua lição:

A justificativa que permitiu o estabelecimento deste nexo de referibilidade entre o processo cautelar e os processos definitivos foi localizada em dois princípios processuais que haviam sido enunciados por CHIOVENDA para aplicação no processo de conhecimento (quando o autor aspira por uma sentença que julgue definitivamente procedente a pretensão por ele deduzida): 1º) **a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve reverter em dano a quem tem razão;** 2º) **a sentença que recebe a demanda deve atuar a lei como se isso acontecesse no momento da demanda judicial.**⁸⁷

É certo que esta referibilidade existe para além da tutela cautelar exclusivamente.⁸⁸ Todavia, todas as cautelares exigem, necessariamente, a presença desta característica, sob pena de perder sua essência assecuratória. Sublinhando este aspecto, disserta Luiz Guilherme MARINONI:

A falta de referibilidade, como se vê, é evidência da existência de satisfatividade. Se inexistente direito referível em uma pretensão que requer tutela urgente de cognição não exauriente, é porque a tutela é sumária antecipatória. Não tutela sumária antecipatória, com efeito, inexistente referibilidade a um direito acautelado. É o caso da ação sumária de demolição. Aí não há referibilidade porque nada é assegurado. A pretensão é satisfeita. Mas mesmo aí a ação de cognição exauriente é de imperiosa propositura. É que não pode existir definitividade sem cognição exauriente.⁸⁹

Ausente a referibilidade, então, descaracteriza-se, sempre, a medida como cautelar. Se não há transitividade entre o objeto da cautelar e um direito assegurado (que será, posteriormente, satisfeito, na ação principal), remove-se o que há de

lesão grave e de difícil reparação” (id. *ibidem*, p. 58). Relewa notar o caráter de condição da ação dada pelo autor a este requisito, em divergência à mais consagrada doutrina.

⁸⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 40.

⁸⁸ Cf. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 104.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992, p. 81.

fundamental para uma medida meramente protetiva, transformando-a em satisfativa;⁹⁰ daí a razão para colocar-se esta característica como essencial a individualizar a tutela cautelar.

4.2 – NATUREZA MATERIAL DAS MEDIDAS CAUTELARES

É concretamente impossível elaborar uma visão global, que abarque todas as correntes de opinião que se formaram a respeito da tutela cautelar. Talvez não haja outro campo do direito processual em que tantas e tão diferentes orientações foram criadas, e em que tantas divergências são sentidas.

Todavia, costuma-se dividir na doutrina especializada, fundamentalmente, dois caminhos principais, dos quais derivam incontáveis outras ramificações. O critério distintivo destes dois grandes grupos estabelece-se na premissa fundamental de seu estudo, calcada na função atribuída ao processo cautelar: para uns, sua finalidade é dar proteção (direta e imediata) a certa situação de direito material; para outros, seu objetivo liga-se intrinsecamente a outro processo (dito principal). Alude-se, assim, à corrente material e à processual da tutela cautelar.

Estudar-se-á, neste capítulo, a visão material da tutela de urgência, que se funda na idéia de que o fim da proteção cautelar é dar guarida a determinada situação de direito material. Para estes autores, pois, a tutela cautelar é *totalmente autônoma e independente* de qualquer processo principal (que vise à satisfação do direito material), já que seu objetivo é, simplesmente, oferecer proteção (asseguração) preventiva a certa situação.

4.2.1 – Direito Substancial de cautela. Pretensão à segurança

⁹⁰ “A referibilidade, em suma, é indicativa da cautelaridade, e esta, tendo como característica a instrumentalidade, não permite a dispensa da ação principal. A não-referibilidade, por sua vez, aponta para a satisfatividade, e, destarte, para a tutela sumária antecipatória, que por ser concedida com base em cognição sumária, sempre exige a ação principal” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, ob. cit., p. 83).

Esta visão da tutela cautelar assenta-se na existência de um direito material à proteção cautelar. Conforme entendem os autores que sustentam esta visão, a tutela cautelar não protege o processo (principal), mas sim, diretamente, o direito substancial. Para tanto, parte-se do pressuposto de que existe, em todo ordenamento, um direito material à proteção dos demais direitos subjetivos (ou outras situações semelhantes, concebidas pelo direito substancial). Este direito seria ínsito a qualquer sistema, como decorrência natural da vedação da autotutela privada e da necessidade freqüente de oferecer-se proteção imediata (ainda que provisória) aos direitos reconhecidos pelo ordenamento.⁹¹

A idéia em questão constitui revitalização – com nova roupagem – de teoria exposta, no início do séc. XX, por autores com WACH e ALLORIO. Enrico ALLORIO, buscando demonstrar a natureza jurisdicional da atividade cautelar, defendeu em estudo publicado em 1936 a concepção de que esta forma de tutela “se realizaria através de ações cognitivas ou executivas, buscando a declaração, constituição ou realização do direito subjetivo substancial de cautela”.⁹² A teoria, como exposta, foi muito criticada – mesmo por aqueles que, posteriormente, adotaram a idéia do direito substancial de cautela, como PONTES DE MIRANDA, que a acusou de ser teoria tateante e confusa⁹³ – tendo sido abandonada posteriormente.

Na nova versão, trata-se, nessa ótica, de direito subjetivo independente – não vinculado diretamente a qualquer outro direito – e do qual decorreria o interesse à

⁹¹ “La cuestión de la existencia de una pretensión a la seguridad, implícita en todo el ordenamiento jurídico estatal, es una contingencia lógica derivada de la idea de monopolio de la jurisdicción. La prohibición de la defensa privada que, como se sabe, no sólo acompaña sino que en realidad plasmó el Estado moderno, genera para la función jurisdiccional una alternativa siempre que el Estado, para cumplir su deber de prestar jurisdicción, se encuentre ante una situación de emergencia, donde la necesidad de una tutela inmediata le impida averiguar, adecuada y serenamente, la verdadera condición del demandante que se afirme titular del derecho amenazado de sufrir daño inminente. Siempre que la urgencia reclame una respuesta jurisdiccional inmediata, se crea la alternativa entre proteger la simple apariencia del derecho o, entonces, si la organización estatal no fuere capaz de renunciar a las demoradas estructuras de la jurisdicción común, no habrá otro remedio sino asistir al perecimiento del derecho, colocado bajo la amenaza de daño inminente, y recomendar a su titular el sucedáneo de la subsecuente indemnización por pérdidas y daños” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Teoría de la acción cautelar*. Ob. cit., p.96-97).

⁹² CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 96.

⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, tomo XII, 1976, p. 3.

proteção (asseguração) dos demais direitos admitidos na ordem nacional. Desse direito – como, aliás, ocorre com todo direito, ao menos nessa visão – decorre a chamada *pretensão à segurança*. No dizer de PONTES DE MIRANDA, “a pretensão pode ser à segurança da satisfação da pretensão e não à prestação.”⁹⁴ Tais pretensões podem exercer-se seja por instrumentos de direito material – tais como a caução, a pena convencional ou as inscrições preventivas – como por via processual, caso em que se concebe a dita tutela cautelar. Note-se, porém, que a pretensão à segurança é, sempre – e pouco importando, para tanto, que se exerça por intermédio da jurisdição ou não – figura de direito material, apenas atuada pelo Estado-jurisdição em razão da proibição da autotutela privada. A respeito, clara é a lição de Ovídio BAPTISTA DA SILVA, em comentário ao art. 798, do Código de Processo Civil:

Sendo, pois, a pretensão de direito material à segurança elemento inerente ao fenômeno jurídico e, portanto, existente em maior ou menor grau em qualquer sistema, devemos, contudo, advertir em que ela não deve ser buscada no Direito Processual, como não o devem ser as demais pretensões de direito material. Não há de ser em Código de processo que se hão de buscar as ações do comprador, ou do proprietário, ou do mandatário, ou quaisquer outras ações de direito material. Logo, temos de conceber o art. 798 como expressão, imperfeita embora, da revelação feita pelo legislador do princípio, imanente ao ordenamento jurídico, segundo o qual a lei outorga tutela não só no caso de violação da norma jurídica, mas também se propõe *assegurar*, concretamente, a possibilidade de sua vigência fática, dando-lhe proteção jurisdicional, de segurança, sem implicar satisfação.⁹⁵

Dessa forma, a pretensão à segurança é ingrediente natural ao sistema jurídico, outorgando o direito à proteção dos demais direitos.

A doutrina clássica critica a idéia da existência deste direito material de segurança, entendendo-o inexistente. Consideram estes autores que não pode existir semelhante direito, já que não é possível exigir-se demanda declaratória sobre sua existência.⁹⁶ Se este direito não pode ser declarado (como existente), sequer se pode

⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo V, 1970, p. 463.

⁹⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 159-160.

⁹⁶ José de Moura ROCHA tece a seguinte crítica a respeito da existência do direito material de cautela: “respondendo-se afirmativamente, ou seja, no caso de se ver no objeto do processo cautelar UM SUPOSTO DIREITO SUBSTANCIAL À TUTELA estaria o provimento cautelar confundindo-se com a declaração da existência desse direito. Não se pode negar a validade desta afirmação e isto

cogitar de sua efetiva admissão na ordem jurídica. Ocorre, porém, que, como bem demonstra Ovídio BAPTISTA DA SILVA, o fato de um direito não poder ser declarado como existente – fazendo, sobre esta declaração, operar-se coisa julgada – é irrelevante para demonstrar sua efetiva presença no ordenamento. Diz ele:

Entretanto, o existir não pressupõe a necessidade de que sobre ele se forme sentença com força de coisa julgada. Há declaração na jurisdição voluntária e, no entanto, mesmo sendo jurisdicional esta função processual, a respectiva sentença não contém *declaratividade* em grau suficiente para produzir coisa julgada. Na verdade o juiz, nos processos de jurisdição voluntária, provê, julga, constitui, sem declarar, ou sem que sua declaração seja capaz de produzir coisa julgada, isto é, sem que seja capaz de impedir um julgamento futuro divergente.⁹⁷

Com base nessas firmes premissas, estrutura-se esta teoria, concebendo como o mérito do processo cautelar o tratamento dessa pretensão à segurança (direito substancial de cautela). Ao lado desse elemento, todavia, exige-se a conjugação de outros, a seguir examinados sucintamente.

4.2.2 – Temporaryness

Outro requisito, também fundamental nesta ótica, para a caracterização de um provimento como cautelar, é a sua temporaryness. Em verdade, é curioso observar que a doutrina clássica já conhecia esse requisito, contrapondo-o com a *provisoriety*, elegendo, todavia, este como sendo o que tipificaria a tutela cautelar.

A distinção feita entre a temporaryness e a *provisoriety* de provimentos tem significativa importância para o tratamento do tema. A questão, porém, é objeto de outra parte deste trabalho, razão pela qual aqui será dada abordagem meramente introdutória. Com efeito, ambos os conceitos remetem à idéia de limitação temporal da eficácia de certo provimento judicial. Tanto as decisões temporárias, como as

porque tal direito não existe. Mas, ainda uma vez POR QUE? porque a cognição do juízo tem por objeto não um direito ou uma relação jurídica das partes; apenas os pressupostos de fato para aplicação de uma norma instrumental que disciplina o exercício de um poder do juiz. Pode-se, em lato senso, qualificar-se de polícia judiciária” (*Exegese do Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 71).

⁹⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. Ob. cit., p. 68.

provisória, destinam-se a durar apenas por um certo período de tempo, não guardando o selo da perenidade. Os provimentos temporários, nesse contexto, têm duração limitada no tempo, sem almejar por nada definitivo que os venha a substituir posteriormente. Ao contrário, as tutelas provisórias estão vocacionadas a dar solução paliativa a dada situação, vindo, em seguida, a ser substituídas por medida definitiva (e estável).

A doutrina tradicional (que trata do processo cautelar) costuma vincular a idéia de cautelaridade à noção da provisoriedade. Pensam assim porque entendem que a tutela cautelar deve durar até que seja substituída pelo provimento definitivo, outorgado pelo processo principal. O Código de Processo Civil, aliás, é expresso em adotar esta visão, ao estabelecer que a tutela cautelar deve vigorar apenas enquanto pendente o processo principal (artigo 807), perdendo sua eficácia com a conclusão deste (artigo 808, III).⁹⁸

A visão material das medidas cautelares, porém, ao defender a autonomia absoluta desta forma de tutela, vê-a como providência que deve durar por um certo período de tempo, sem, porém, esperar por nada para substituir-lhe. A sua função esgota-se quando não mais seja necessária, não havendo nada que tome seu lugar, posteriormente.

Conforme salienta a doutrina material, dois são os sentidos em que se tem como *temporária* a medida cautelar. Em primeiro lugar, ela é temporária pois deve durar enquanto vigorar a situação de perigo a que esteja exposto o interesse protegido,⁹⁹ devendo desaparecer quando esta situação também não mais existir, sem deixar espaço para ser substituída por algo. Salienta Ovídio BAPTISTA DA SILVA, a

⁹⁸ Segundo ensina José de Moura ROCHA, a provisoriedade seria a nota típica das medidas cautelares na visão de Chiovenda. Conforme assinala esse autor, “sabido que para ele [Chiovenda] as medidas cautelares, ou as providências cautelares são as medidas **provisórias** que correspondem à necessidade efetiva e atual de remover o **reccio** dum dano jurídico. Aí o fulcro de sua construção: a provisoriedade. Conforme se deduz do apresentado, a sua finalidade será encontrada no desejo de afastar algum dano jurídico. Ao apresentar o pensamento de Chiovenda, o professor José Alberto dos Reis sintetizava-o assim: ‘Pode dizer-se que a medida cautelar implica uma **antecipação da providência definitiva**; é emitida com vista a uma decisão definitiva ulterior, cujo resultado garante **preventivamente**’ (ROCHA, José de Moura. Ob. cit., p. 31).

⁹⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Teoría de la acción cautelar*. Ob. cit., p. 113.

respeito:

La duración del arresto, por ejemplo, decretado en el curso de una demanda condenatoria, no queda condicionada al pronunciamiento de la sentencia que venga a juzgar procedente la acción, de tal manera que esa providencia cautelar tenga que desaparecer en tanto que la sentencia transite en juzgado. En realidad, después del tránsito en juzgado de la sentencia que hubiere proclamado la existencia real del derecho, que el arresto protegiera únicamente como *apariciencia de derecho*, tal medida cautelar se tornará aún más justificada y prestante, debiendo perdurar hasta que, promovida la acción de ejecución de sentencia, sea posible efectivizar el embargo sobre los bienes anteriormente arrestados.¹⁰⁰

Em um segundo vértice, considera-se temporária a medida cautelar porque ela jamais poderá receber a indiscutibilidade que se liga à coisa julgada. A temporariedade da medida cautelar relaciona-se, nessa ótica, à impossibilidade de obter-se satisfatividade com a medida preventiva. Mais que isso, também seus efeitos devem ser temporários, de forma que, jamais, a tutela cautelar deve permitir gerar uma situação fática definitiva ou cujos efeitos se mostrem irreversíveis.¹⁰¹

Em síntese, na lição de Ovídio BAPTISTA DA SILVA, os provimentos cautelares são temporários porque “devem ter duração limitada no tempo, tanto no plano jurídico (normativo), de modo que não lhes seja atribuída a qualidade de um julgamento definitivo, protegido pela coisa julgada; e igualmente, haverão de ser temporários em seus efeitos fáticos, a fim de não causar ao demandado um dano irreparável, no caso de a sentença do processo destinado a certificar a existência do direito acautelado concluir por sua inexistência.”¹⁰²

4.2.3 – Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação

Ainda que a caracterização do perigo de dano irreparável, como requisito para a outorga da tutela cautelar, não seja exclusividade da visão material, é certo que esta teoria dá a tal expressão matizes especiais, exigindo atenção própria.

Na verdade, chama a atenção nesse contexto a diferença trazida por alguns

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 113-114.

¹⁰¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. Ob. cit., p. 80.

¹⁰² *Idem, ibidem*, p. 82.

autores vinculados a esta orientação, entre o *periculum in mora* e o perigo de dano irreparável. Como cediço, normalmente se costuma assimilar essas expressões, utilizando-as como sinônimas.

Autores, porém, vinculados à visão material das cautelares emprestam sentido distinto a cada qual desses requisitos, vinculando-os, ademais, a estruturas e a formas de tutela diversas. Com efeito, Ovídio BAPTISTA DA SILVA assevera, categoricamente, que “a locução *periculum in mora* jamais teve qualquer coisa a ver com o processo cautelar.”¹⁰³

Ora, essa assertiva, aparentemente estranha – diante da pacífica conclusão doutrinária (ao menos da doutrina majoritária) em sentido contrário – exige o exame, ainda que de forma breve, das razões que fazem com que assim se pense, sobretudo por conta de seus reflexos em diversos campos do direito processual.

Na verdade, a distinção operada parte de uma simples premissa gramatical. De fato, mesmo para aqueles que não estejam familiarizados com o latim, não é difícil observar que a expressão *periculum in mora* traduz-se como perigo de demora, e não é, por conta disso, sinônimo de perigo de dano irreparável. O “perigo de demora” relaciona-se, evidentemente, com o tempo do processo: a demora excessiva para a solução do litígio constitui risco para sua própria efetividade.

Ao contrário, quando se alude ao perigo de dano irreparável, vem à mente a idéia de que o direito (objeto do processo principal) corre perigo de dano, capaz de torná-lo inútil na ocasião em que mereça ser satisfeito (se julgado procedente, ao final, o pedido formulado).

Ora, fica claro que o *periculum in mora*, ao relacionar-se com o tempo do processo, impõe a aceleração da tutela do direito. Por outro lado, o perigo de dano irreparável exige, apenas, a proteção do direito, a fim de evitar que venha a sofrer o *dano* em questão, permitindo que possa aguardar, em segurança, a decisão final da causa. No primeiro caso, pois, o problema se põe na demora para a tutela do direito, enquanto no segundo, na existência de algum elemento que coloque em risco a

¹⁰³ SILVA, Ovídio Baptista da. “Teoria da ação cautelar” in *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 67.

satisfação *ao final* do direito (se acaso reconhecido como existente). A respeito, clara é a lição de Ovídio BAPTISTA DA SILVA:

O *periculum in mora* dá idéia da necessidade de aceleração, por causa da mora. Em virtude da morosidade da tutela comum, antecipa-se a proteção por meio da medida antecipada. Ora, quem antecipa satisfaz! Mostrei, então, que os juristas medievais, inspirados na doutrina romana dos interditos, separavam muito bem estas duas categorias: o *periculum in mora* e o dano irreparável e as tratavam com uma agudeza de causar inveja aos juristas modernos, que simplesmente esqueceram essa distinção fundamental. Os juristas medievais, a que devemos a criação de ambos os conceitos, mostravam que o *periculum in mora* gerava sempre uma execução provisória, justamente porque, havendo perigo na demora, antecipa-se a tutela. É o que ocorre, por exemplo, nas ações de alimentos provisionais. O que é o alimento provisional, senão o alimento definitivo que se antecipa?¹⁰⁴

De fato, o exemplo dos alimentos é significativo. Aquele que precisa de alimentos necessita de tutela rápida. A demora na prestação jurisdicional é o problema, que pode inviabilizar o resultado útil do processo. Impõe-se, assim, a aceleração na resposta do Estado – ainda que provisória – já que esta representa a única forma de conferir-se proteção adequada ao interesse.¹⁰⁵ Contrariamente, os interesses sujeitos a perigo de dano irreparável não exigem nenhuma forma de aceleração. Estão eles sujeitos a alguma ameaça de lesão e carecem, por isso, ser protegidos contra o elemento que gera esta ameaça. A demora na satisfação desses interesses não representa, em si, qualquer problema, podendo eles, então, aguardar o tempo necessário para a solução final da causa – desde que sejam protegidos contra o componente que ameaça causar-lhes dano.

Pense-se, por exemplo, no direito de crédito (objeto de ação de cobrança) diante de situação em que o suposto devedor, “que possui bens de raiz, intenta aliená-

¹⁰⁴ *Idem, ibidem*, ob cit., p. 67.

¹⁰⁵ Ovídio Baptista da SILVA demonstra o equívoco em vincular-se a tutela cautelar ao *periculum in mora*. Segundo ele, “o equívoco que se esconde nessa doutrina é tão primário que não evita esta óbvia e insuperável contradição: legitima-se a execução provisória sempre que houver necessidade de acelerar (antecipar) a tutela jurisdicional; se, no entanto, essa aceleração for demasiadamente intensa, então a execução desaparece, para dar lugar à tutela cautelar, de tal modo que o mesmo princípio que fundara seu cabimento passa a ser responsável por sua extinção. A execução provisória tem por fim a obtenção da realização rápida do direito litigioso (satisfazendo-o); se, porém essa realização for feita com base na **urgência** (!), deixa de ser execução para tornar-se uma simples providência assegurativa” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. Ob. cit., p. 74).

los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas” (artigo 813, III, do CPC). Não há razão para satisfazer-se imediatamente o direito de crédito, diante desta circunstância. É suficiente (e adequado) proteger o crédito do suposto credor – tornando indisponíveis bens do suposto devedor em importe suficiente a garantir a dívida objeto da demanda – até que a decisão final da causa seja outorgada. Eis, aí, exemplo de perigo de dano irreparável, que exige a proteção *cautelar* do direito.

Assim, é possível dizer que o *periculum in mora* liga-se à satisfação antecipada do direito, ao passo que o perigo de dano irreparável é que se vincula à tutela cautelar.¹⁰⁶ Vai daí que, para os autores vinculados a esta orientação, a tutela cautelar nada tem que ver com a antecipação de tutela. Cada um destes instrumentos é cabível para situação específica de direito material, não se podendo utilizar um quando cabível o outro.

4.2.4 – Situação cautelanda

Ao lado da pretensão à segurança, exige-se, para a proteção cautelar na visão material, a existência de uma situação cautelanda. Trata-se da situação concreta que receberá a proteção assecuratória, em razão da tutela cautelar. Com efeito, se existe uma pretensão à segurança, esta pretensão possui um objeto (algo sobre que incida), e esse objeto é, precisamente, a chamada situação cautelanda.

Esta situação deve ser uma dada ocorrência da realidade, *perfeitamente identificável* e isolada, que exija a proteção cautelar. Tal ocorrência deve sempre se traduzir em “um direito subjetivo, uma pretensão, ou ação, ou mesmo uma eventual exceção da parte que o postula; ou até mesmo, como ocorre nas ações (de direito material) sem direito subjetivo, capaz de ser identificada com um interesse

¹⁰⁶ Para Ovídio Baptista da SILVA, “é possível então, segundo nos parece, fixar na doutrina de Chiovenda o início da confusão entre os dois conceitos fundamentais a que os juristas medievais recorriam para distinguir os casos de **execução provisória urgente**, determinada pelo **periculum in mora** das hipóteses em que o direito estivesse sob ameaça de **damnum irreparabile** que, jamais, poderiam implicar antecipação da tutela satisfativa” (*Do processo cautelar*, ob. cit., p. 41).

juridicamente protegido, mas não reconhecido pela ordem jurídica como um direito subjetivo.”¹⁰⁷ Tais categorias, que podem compor a situação cautelanda, tanto podem pertencer ao direito material ou ao processual.¹⁰⁸

O importante, em relação a esta situação, na ótica da doutrina, é que seja ela sempre perfeitamente identificável e delineável, não se configurando na singela periculosidade genérica ou difusa.¹⁰⁹ Assim, aquele que pretende tutela cautelar deve indicar, em seu requerimento, situação concreta e específica, sujeita a perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Como diz Ovídio BAPTISTA DA SILVA, “a primeira exigência, então, para o cabimento de uma medida cautelar é que o requerente esteja em condição de indicar, detalhadamente, em sua petição inicial, qual o interesse que ele pretende proteger com a medida.”¹¹⁰

¹⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 83.

¹⁰⁸ “Ora, a **pretensão à segurança** pode nascer em virtude de uma ameaça de dano iminente tanto a direitos subjetivos nascidos do direito material, quanto aos que tenham origem no direito processual” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, ob. cit., p. 83).

¹⁰⁹ “Como se constata pelos exemplos há pouco indicados, inexistente aí uma específica situação cautelanda, que possa ser identificada como um direito subjetivo, uma pretensão, ou uma ação, ou uma exceção de direito material, em benefício das quais o magistrado estaria a conceder a medida. Se esse tipo de **preventividade difusa**, escolhida por PODETTI como elemento definidor da cautelaridade, fosse capaz de caracterizar a natureza cautelar de um dado provimento, então tudo o que exercesse função preventiva acabaria conceituado como cautelar” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, v. 3, 2000, p. 52).

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 54.

5 - MEDIDAS CAUTELARES DE OFÍCIO

5.1 – BREVES CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O artigo 797 do Código de Processo Civil preceitua que “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz providências cautelares, sem a audiência das partes.”

Inegavelmente, está-se diante de mais um dispositivo processual que tem despertado, tanto na doutrina como na jurisprudência, incessantes questionamentos e acirradas polêmicas, a começar pela dificuldade que se tem em admitir que haja normas processuais que efetivamente dotem o juiz do poder de agir de ofício. De fato, cumpre ressaltar desde logo que – não obstante alguma confusão verificada na doutrina e na jurisprudência – o dispositivo em questão não examina a possibilidade da concessão de tutela cautelar antes de ouvida a parte contrária (a chamada *liminar inaudita altera parte*, que é tratada pelo art. 804, do código);¹¹¹ aqui se trata, efetivamente, da possibilidade de o magistrado conceder tutela cautelar *não requerida por nenhuma das partes*, o que se evidencia diante da locução “sem a audiência das partes”, presente no texto legal.

Dentre as numerosas questões que povoam a discussão do tema, destacam-se aquelas que têm como objeto premissas essenciais para o desenvolvimento de qualquer construção teórica sobre a matéria.

Em primeiro lugar, calha ressaltar a enorme dificuldade encontrada por parte da doutrina em proceder à compatibilização entre as medidas cautelares de ofício e um dos mais importantes princípios informativos do sistema processual civil; **o princípio da demanda**. Segundo preceitua o artigo 2º do Código de Processo Civil, *nenhum juiz*

¹¹¹ Nesta confusão, ao que parece, incide Celso NEVES, quando, estudando o tema, salienta que “o primeiro texto [refere-se ele ao art. 796, do Código de Processo Civil] dessa disciplina acentua o caráter auxiliar do procedimento, ‘sempre dependente’ do processo principal, marcando-lhe as notas que distinguem o *preparatório* do *incidental*, enquanto o art. 797 acentua a excepcionalidade da tutela assecurativa *inaudita altera pars...*” (NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 314). Também se filia à mesma interpretação do dispositivo Romeu PIRES

prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais. Vale dizer, o referido dispositivo legal recepciona no processo civil brasileiro o princípio vetor *ne procedat iudex ex officio*. Assim, para alguns autores, afirmar a existência de medidas cautelares de ofício consiste em flagrante violação ao princípio apontado. No entanto, a doutrina e jurisprudência dominantes se manifestam no sentido de considerar absolutamente viável a coexistência desses institutos.

Surge, então, a segunda grande polêmica referente ao tema. Discute-se em doutrina a extensão a ser atribuída ao artigo 797. De fato, conforme leciona Alcides MUNHOZ DA CUNHA, no que tange à extensão do artigo 797, que ainda é viva a discussão a propósito dos pressupostos que autorizam as medidas cautelares *ex officio*, “...se conjuntivos (casos excepcionais expressamente autorizados por lei) ou disjuntivos (casos excepcionais **ou** casos expressamente autorizados por lei).”¹¹² Grandes autores, como João Carlos PESTANA DE AGUIAR SILVA,¹¹³ sustentam que ao juiz caberia o poder de proferir *ex officio* providências de natureza cautelar, apenas nas hipóteses expressamente autorizadas por lei. Na defesa da tese contrária são igualmente encontrados juristas de enorme respeitabilidade e especialização no tema, tais como Egas MONIZ DE ARAGÃO¹¹⁴ e Galeno LACERDA¹¹⁵. Os referidos processualistas postulam favoravelmente a uma interpretação ampliativa do artigo 797, de forma que seria lícito ao juiz determinar de ofício provimentos cautelares para além dos casos previstos no texto legal.¹¹⁶

de CAMPOS BARROS (“Do processo cautelar no código de processo civil de 1973”. *Revista de processo*. N. 1. São Paulo: RT, jan-mar/1976, p. 139).

¹¹² CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 522.

¹¹³ SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. *Síntese informativa do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 247, ano 70, 1974, p. 49.

¹¹⁴ ARAGÃO, Egas D. Moniz. *Medidas cautelares inominadas*. Madrid: Revista Universitaria de Derecho Procesal, n. 4, 1990, p. 501.

¹¹⁵ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 115.

¹¹⁶ O artigo 125 do Código de Processo Civil estabelece que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I- assegurar às partes igualdade de tratamento; II- velar pela rápida solução do litígio; III- prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV- tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. Muitos juristas identificam nesse dispositivo o fundamento para a ampliação do cabimento de medidas cautelares concessíveis *ex officio* para além

Outra questão igualmente debatida diz respeito à possibilidade de concessão *ex officio* de provimento cautelar anterior ao processo principal. O artigo 262 do Código preceitua que *o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial*. A partir desse dispositivo legal, alguns autores concluem que as medidas cautelares de ofício devem, necessariamente, surgir e se desenvolver no curso de outro processo. Ora, se cabe às partes a iniciativa do processo, resta evidente que tais medidas só podem existir em harmonia com o princípio da demanda (que, como já mencionado, informa o ordenamento processual pátrio) se deferidas no curso de um processo já devidamente instaurado por uma das partes.¹¹⁷ Destarte, os provimentos cautelares de ofício representam uma das formas pelas quais o processo evolui em função do impulso oficial.

Não obstante esse entendimento, há que se ressaltar que parte da doutrina afirma a viabilidade da concessão de provimentos cautelares de ofício ainda que anteriores ao processo principal. Essa é a opinião manifestada, dentre outros processualistas, por Egas MONIZ DE ARAGÃO.¹¹⁸ Também neste mesmo sentido é o pensamento de Luiz FUX, que salienta que, nestes casos, a lesão ao princípio da demanda é apenas inicial, voltando ele a ser restabelecido em sua inteireza posteriormente. Segundo sua ótica:

O que se propugna é a atuação do juízo diante de um estado de perigo, como decorrência de seu poder-dever de segurança, independentemente de provocação da parte, e a partir do momento em que chegue ao conhecimento do mesmo a “ameaça de grave lesão ao direito de um cidadão” que reclame tutela urgente. Repise-se que a incoação estatal somente num primeiro momento esbarra com o princípio “dispositivo”, tão decantado pela doutrina da “inércia”. É que iniciado o processo e durante todo o seu curso e mesmo após o final as partes podem “transigir quanto ao objeto litigioso”, inclusive quanto ao caso julgado.¹¹⁹

dos casos expressamente autorizados por lei. SYDNEY SANCHES afirma que uma interpretação extensiva das medidas cautelares de ofício “decorreria do disposto no artigo 797 em conjugação com o artigo 125, segundo o qual o juiz dirigirá o processo conforme as disposições do Código”. (SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1978, p. 136).

¹¹⁷ V.g., esta é a concepção adotada por Nelson NERY JR. (“Considerações práticas sobre o processo cautelar”. *Revista de processo*. N. 53. São Paulo: RT, jan-mar/89, p. 193).

¹¹⁸ ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*. Ob. cit., p. 504.

¹¹⁹ FUX, Luiz. *Tutela da segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 80.

Por fim, cabe mencionar a não rara confusão observada na doutrina e jurisprudência entre a concessão *ex officio* de provimentos cautelares com a possibilidade que tem o juiz de adequar a medida pleiteada às reais necessidades do caso concreto. Em verdade, ainda que ambos tenham o mesmo fundamento essencial, a prerrogativa conferida ao magistrado de modificar ou substituir, face a dada situação fática, uma medida cautelar por outra, pressupõe ao menos uma medida cautelar já deferida. Ademais, representa algo inerente “...ao regime da cautelaridade, que se compadece com a fungibilidade, adequação, variabilidade, suficiência e instabilidade das medidas”.¹²⁰ Ensina BEDAQUE que:

a possibilidade do juiz conceder medida de natureza diversa da pleiteada é inerente à denominada fungibilidade da tutela cautelar e incidente, evidentemente, sobre a providência concreta. Isso significa que, formulado o pedido de tutela de segurança, se o autor requerer a adoção de determinadas medidas específicas para preservar o resultado do processo, mas inadequadas ao ver do juiz, poderá este último conceder providência diversa, ou seja, o pedido mediato é passível de alteração.¹²¹

5.2 - RECEPÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A análise da evolução histórica do direito processual civil demonstra a tendência à ampliação na viabilidade da concessão de tutela cautelar *ex officio*. É verdade que o código de processo civil de 1939, concebia regra capaz de ser interpretada como autorizadora da atuação oficiosa do magistrado, em tema de proteção emergencial. previa, com efeito, aquele código, em seu art. 675:

¹²⁰ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 520.

¹²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 354. Essa linha de raciocínio já possibilitava ao juiz, antes mesmo da introdução do § 7º ao artigo 273 do Código, conceder de ofício medida cautelar “...quando o autor requereu medida antecipatória, se julgar mais adequado”. (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 520, nota 107). No que se refere à fungibilidade entre providências cautelares e antecipatórias, afirma BEDAQUE que “como ambas exercem a mesma função no sistema, qual seja, assegurar a utilidade

art. 675. além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes.

II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao 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.

De acordo com parte da doutrina, este dispositivo indicava concessão do Código ao princípio inquisitivo, permitindo ao juiz a determinação de medidas cautelares de ofício. Assim, por exemplo, pensava Hugo SIMAS,¹²² segundo quem a regra em exame facultava ao juiz atuar independentemente de requerimento das partes, na outorga de providências acautelatórias do processo. Para esse autor, o Código de Processo Civil brasileiro – ao conceber dessa forma a tutela cautelar – seguiu a tendência dos mais modernos sistemas processuais europeus, colocando-se na vanguarda do processo civil.

É bem verdade que esta interpretação foi severamente criticada por PONTES DE MIRANDA.¹²³ Segundo o eminente jurista, a regra é que as medidas preventivas se subordinem ao princípio da demanda, exceto nas hipóteses em que a lei ou a própria natureza da ação principal autorizem ao juiz decretá-las sem provocação. Em conta disso, na sua opinião, se o processo principal é suscetível de ser iniciado *ex officio*, então a medida cautelar também o pode ser; se, por outro lado, o processo principal deve principiar-se por iniciativa da parte, podendo prosseguir sob o modelo inquisitivo

prática do provimento satisfativo, nada obsta à adoção de uma embora a outra tenha sido requerida”. (BEDAQUE. José Roberto dos Santos, *Tutela cautelar e tutela antecipada...* Ob. cit, p. 355).

¹²² SIMAS, Hugo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1940, v. VIII, tomo I, n. 2-3, p. 8-9. Em sua lição, “não há confundir as medidas preventivas, de que trata este artigo, com as que possam as partes requerer, como preparatórias ou assecuratórias, preventivas, provisionais ou premonitórias, de que se ocupa este mesmo título. Aqui, a medida acautelatória é de **iniciativa do juiz**, prevenindo o interesse das partes, que pode ficar sacrificado sem tais providências” (*Idem, ibidem*, p. 15-16).

¹²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 310.

(combinação possível em sua visão), a medida de segurança correlata pode ser concedida de ofício. Por conta disso, critica ele a visão de Hugo SIMAS, afirmando estar “absolutamente sem razão, HUGO SIMAS, Comentários, VIII, 7, e não é verdade que se tenha adotado a inquisição inicial nos códigos mais modernos da Europa.”¹²⁴

Não obstante a crítica existente, é fato que o Código de Processo Civil atual prevê regra semelhante, com mais genérica previsão. Deveras, o seu art. 797 dispõe que “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.”

Mesmo antes de a nova lei processual entrar em vigor, Galeno LACERDA já anunciava que a previsão mencionada representava a opção do legislador pela viabilidade da concessão de medidas cautelares de ofício.¹²⁵ Entretanto, este mesmo autor acreditava tratar-se de novidade legislativa, sem previsão análoga no Código anterior.

Da mesma forma, PESTANA DE AGUIAR sustenta o caráter inovador do preceito em comento, dizendo:

Como é do saber comum, a jurisdição é uma atividade inicialmente inerte: ne procedat iudex ex officio. Logo, o quadro normal seria qualquer medida de urgência que o juiz julgasse adequada só surgir por provocação da parte. Assim o vinha sendo como regra geral em nosso direito (...). Em nosso direito atual, contudo, não é mais isso o que sempre sucede, a despeito de se conservar como regra. Dispondo o art. 797 que o juiz determinará medidas cautelares sem a audiência das partes, ainda que só em casos excepcionais e expressamente previstos em lei, está consagrando a medida cautelar de ofício.¹²⁶

Mesmo diante dessa interpretação inicial, sobre o dispositivo examinado, a orientação majoritária – estampada nas conclusões do Simpósio de Curitiba, realizado em outubro de 1975 – trilhou caminho distinto. De acordo com a conclusão 65, “no caso do art. 797, não pode o juiz agir de ofício”. Ora, essa interpretação sugerida torna praticamente equivalentes as previsões dos artigos. 797 e 804 –o qual estabelece a

¹²⁴ *Idem, ibidem*, p. 310.

¹²⁵ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 109.

¹²⁶ SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. “Síntese informativa do processo cautelar”. Ob. cit., p. 48.

possibilidade de o magistrado conceder, sem a ouvida do requerido da cautelar, a medida pretendida. Essa aparente identidade, porém, desaparece quando se examina com maior acuidade o texto de cada preceito. Realmente, o plural constante do art. 797 (“*sem a audiência das partes*”) indica que a medida, aqui, pode ser outorgada sem que nenhuma das partes – requerente ou requerido – seja ouvida.

A evidência desta discrepância fez com que Galeno LACERDA criticasse veementemente a conclusão do Simpósio de Curitiba antes referida, precisamente pelo argumento gramatical acima apontado. Mais que isso, apresenta ele a evolução legislativa do preceito, demonstrando o acerto em suas conclusões. Segundo ele:

Os trabalhos de elaboração do Código no Congresso revelam o acerto da tese. Com efeito, o Deputado LAERTE VIEIRA apresentou ao plenário da Câmara a emenda nº 4, ao art. 809 do Projeto, equivalente ao art. 797 do Código, e fê-lo nestes termos: ‘o juiz poderá conceder medida cautelar sem audiência de uma das partes, quando a inicial demonstre inequivocamente a probabilidade de que, realizada tal audiência, a medida se torne ineficaz’. Pois bem, a emenda foi rejeitada pelo parecer do sub-relator, Deputado FREITAS NOBRE, porque repetia a regra do art. 816, equivalente ao art. 804 do Código: ‘Entendemos prejudicada a emenda em razão do previsto no art. 816, que nos parece atender à preocupação do seu autor.’¹²⁷

Na verdade, o embate doutrinário acima noticiado parece ter assumido dimensão maior do que a necessária. Conforme ensina Egas MONIZ DE ARAGÃO, a divergência de entendimentos acima exposta resume-se, em essência, às providências cautelares anteriores ao processo principal. No que tange aos provimentos cautelares incidentais, todavia, inexistente dissenso doutrinário, pois “as decretadas após seu início [do processo principal] não se afiguram lesivas ao princípio dispositivo, o que deve ter levado os processualistas presentes ao Simpósio de Curitiba a concluir: ‘o juiz pode determinar de ofício medidas provisórias no curso do processo.’”¹²⁸

5.3 – O FUNDAMENTO DA TUTELA CAUTELAR DE OFÍCIO

5.3.1 – O fundamento da tutela cautelar de ofício segundo a visão processual

¹²⁷ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 111.

¹²⁸ ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*. Ob. cit., p. 503.

Para a visão processual das medidas cautelares, é bastante simples a justificação da possibilidade de concessão de tutela cautelar *ex officio*. Como cedo, segundo essa ótica, as providências cautelares destinam-se a resguardar o resultado útil do processo principal. Nesses termos, como assinala CALAMANDREI, a tutela cautelar assemelha-se ao poder de polícia, razão pela qual seria perfeitamente possível que o magistrado dela se servisse sempre que o processo sofresse perigo de lesão (em seu resultado). Vale, nesse passo, recorrer às lições desse processualista:

Este carácter eminentemente publicístico de las providencias cautelares se pone de relieve, también em materia civil, en la mayor energía com que la jurisdicción se ejercita cuando está dirigida a fines cautelares; no sólo en la aceleración del procedimiento y en el carácter sumario de la cognición, sino también en el acrecentamiento de los poderes de iniciativa del juez; no olvidemos que el caso más típico, si no el único de nuestro proceso, en que el juez civil puede proceder sin petición de parte, es el de la declaración de quiebra pronunciada de oficio, que, como se ha visto, es precisamente una medida cautelar.¹²⁹

Assim considerada, a medida cautelar (sobretudo na sua possibilidade de concessão de ofício) assemelha-se a verdadeira atividade administrativa praticada pelo magistrado. Como exercício do poder de polícia – atividade notoriamente vinculada à função administrativa do Estado –, a providência cautelar cabe não apenas quando requerida pela parte mas, igualmente, quando inexistir qualquer provocação.

Deveras, a admissão expressa, no direito brasileiro, do princípio da demanda¹³⁰ dificulta sobretudo a aceitação da atuação do magistrado sem requerimento específico da parte. Considerando, como o faz grande parte da doutrina, a atividade jurisdicional como inerte e, portanto, condicionada a pedido de interessado – mesmo em razão da preocupação em manter a imparcialidade do juiz, que poderia abalar-se em razão da atuação sua oficiosa – torna-se evidentemente difícil compreender como possa (mesmo em casos especificados em lei) esta atuação dar-se

¹²⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción a estudio sistemático de las providencias cautelares*. Ob. cit., p. 141.

¹³⁰ O art. 2º, do Código de Processo Civil, dentre outros que consagram o mesmo princípio, prevê que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

sem pedido de alguém.¹³¹

Por conta disso, explicando a atuação *ex officio* do magistrado (em matéria cautelar) como expressão de atividade administrativa praticada pelo juiz (como se fosse modalidade de função atípica do Estado por ele desempenhada), contorna-se com relativa facilidade o óbice do princípio da demanda, tornando mais razoável admitir-se a legitimidade dessa atividade. Esse é, aliás, o raciocínio desenvolvido por Galeno LACERDA, que sustenta abertamente a natureza *administrativa* da tutela cautelar admitida pelo art. 797, do Código de Processo Civil. Na verdade, segundo Galeno LACERDA, qualquer atividade desenvolvida de ofício pelo juiz traduz-se em atividade administrativa e não jurisdicional. Eis suas palavras:

Estes últimos atos, de direção, ordenação ou tutela direta, cumpre aos juízes ou tribunais praticá-los de-ofício, no exercício do poder-dever a eles inerente, como autoridades públicas, no âmbito de suas atribuições. Nada impede, porém, que a esse exercício os estimulem a parte ou o interessado.

Enquanto, porém, na jurisdição contenciosa e na voluntária, incide, em regra, o art. 2º – ‘nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais’ – o que faz indispensável a incoação alheia, as atividades de-ofício, porque resultantes diretas do poder-dever judicial, tornam secundários e não-essenciais os possíveis pedidos dos sujeitos da relação processual. Mesmo sem eles, impende ao juiz o dever de agir.¹³²

Dessa forma, na ótica de Galeno LACERDA, porque a tutela cautelar resulta de poder-dever do juiz – relacionado à proteção do processo, com nítida tônica de poder de polícia –, conforma ela atividade substancialmente administrativa, razão pela qual convive de modo perfeito com a atuação de ofício do magistrado.¹³³ Mais que isso, segundo a concepção deste processualista, a atividade oficiosa do juiz se justifica

¹³¹ Como ensina LIEBMAN (“Fondamento del principio dispositivo” in *Problemi del processo civile*. Morano, p. 3-4) durante muito tempo, a doutrina considerou que a necessidade da inércia da jurisdição fosse reflexo de sua característica de lidar com interesses particulares; sendo estes direitos disponíveis, também deveria depender de provocação a atuação da jurisdição.

¹³² LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 112.

¹³³ “Afirmamos acima (n. 6, *in fine*) que a cautela legal de-ofício, do art. 797, constitui providência de natureza administrativa, emanada de autêntico poder de polícia do juiz, no resguardo de bens e pessoas confiadas por lei à sua autoridade, e que esse vínculo entre a medida cautelar e o

(especialmente em matéria cautelar) por conta da existência, no processo, de interesses públicos (a par dos privados, apresentados pelas partes). De fato, o processo civil não trata, com exclusividade, de interesses particulares, sendo também utilizado para a proteção de bens e interesses de ordem pública, e de conteúdo indisponível (mesmo no âmbito do direito privado, de que são exemplos as relações de incapazes, os interesses de família etc.). Por conta disso, quanto mais cresce o interesse público examinado no processo civil, mais ampla deve ser a dimensão do poder-dever atribuído ao juiz, de agir de ofício.¹³⁴

Diante da caracterização das medidas cautelares *ex officio* como providências de cunho administrativo, Galeno LACERDA conclui por arrolar, como exemplos destas, dentre tantas outras,¹³⁵ o arresto anterior à penhora (artigos 653 e 654),¹³⁶ o seguro obrigatório de navio ou aeronave penhorados (artigo 679), a guarda e administração de bem penhorado de menor, quando este não alcançar em praça valor de pelo menos oitenta por cento da avaliação (artigo 701), bem como as providências relacionadas no artigo 888. Em todas estas medidas, vê o autor decisões que têm por objetivo a proteção do processo, em típico exercício de poder de polícia pelo magistrado.

Em linhas gerais, a visão aqui apresentada é também compartilhada por Alcides MUNHOZ DA CUNHA. Embora este autor se filie à noção do chamado “direito substancial de cautela”, em se tratando das providências cautelares previstas no art. 797, entende ele se tratarem, todas, de medidas de cunho administrativo. Com efeito, sinteticamente, eis suas conclusões:

A grande questão ficou reduzida a indagação quanto à possibilidade de se decretarem medidas cautelares jurisdicionais, *ex officio*, cuja resposta há de ser negativa, pois sem demanda não se configura a lide cautelar e não havendo a *res in iudicium deducta* o juiz não poderá solucionar uma lide. Quanto à decretação *ex officio* de medidas cautelares administrativas incidentais em procedimentos ou processos já em curso ou, ainda, quanto à

poder de polícia da administração pública, em sentido lato, do qual participa qualquer autoridade, mesmo judicial, já fora assinalado por CALAMANDREI e PETERS” (*idem, ibidem*, p. 113).

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 114.

¹³⁵ *Idem, ibidem*, p. 116 e ss.

¹³⁶ Embora saliente, em relação a esta medida, natureza mista, simultaneamente cautelar e executiva (*idem, ibidem*, p. 118).

possibilidade de um procedimento administrativo judicial se iniciar através de uma providência cautelar, não há que se opor objeção, havendo necessidade apenas de identificar as situações legitimantes para a decretação das cautelares ditas administrativas e no que se distinguem basicamente das cautelares jurisdicionais.¹³⁷

Em suma, este autor entende como perfeita e irretocável a conclusão (antes referida) apresentada no Simpósio de Curitiba.¹³⁸ Segundo sua forma de ver, as medidas cautelares de cunho *jurisdicional* dependem, sempre, de requerimento do interessado;¹³⁹ apenas aquelas atividades de caráter *administrativo* é que autorizam a ação oficiosa do magistrado, como modalidade de poder de polícia exercido por este. Assim pensa porque – seguindo os ensinamentos de CARNELUTTI e de LIEBMAN – não pode haver atividade jurisdicional sem que tenha ocorrido, anteriormente, pedido pela parte.¹⁴⁰ Por conta disso, conclui Alcides MUNHOZ DA CUNHA que as medidas cautelares *ex officio* são expressão de atividade judicial-administrativa do Estado, tratando-se de situação absolutamente normal e corriqueira do processo, quando não sejam imprescindíveis para este.

Importa sublinhar, ainda em alusão à análise apresentada por Alcides MUNHOZ DA CUNHA, que não se deve confundir (como é bem comum) as providências cautelares de ofício (que teriam indiscutível caráter administrativo) com hipóteses, previstas em lei, em que há uma *demanda cautelar implícita* da demanda cognitiva.¹⁴¹ O autor exemplifica seu alerta fundando-se no art. 162, do Decreto-lei 7.661/45, que autoriza a decretação de falência (aparentemente *ex officio*) no pedido de

¹³⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 525.

¹³⁸ *Idem, ibidem*, p. 525.

¹³⁹ “Quanto às medidas genuinamente cautelares, de natureza jurisdicional, pode-se dizer que não podem prescindir de uma demanda, ou seja, de uma alegação da parte ou interessado pela qual se identifique uma situação cautelanda, uma lide e a necessidade de segurança mediante a atuação de interesses plausíveis, em situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação” (*idem, ibidem*, p. 527).

¹⁴⁰ “Aliás, CARNELUTTI e LIEBMAN sempre afirmaram que não há que se cogitar de manifestação jurisdicional propriamente dita quando não há formulação de pedido cautelar e, por isso, não há ação, nem lide, nem providência jurisdicional cautelar, podendo-se cogitar apenas da singular espécie de cautela administrativa, que se manifesta para exercer o poder de polícia sobre o processo ou então sobre interesses materiais relevantes, indisponíveis, colocados pela lei diretamente sob a fiscalização judicial, independentemente da existência de uma lide” (*idem, ibidem*, p. 527/528).

¹⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 528.

concordata preventiva. Segundo este processualista, “o pedido de concordata preventiva já traz de modo implícito a possibilidade de ser decretada a falência, pois esses pedidos se comunicam, enquanto concordata e falência são requeridas na perspectiva de se conciliar os interesses dos devedores e credores em situações qualificadas.”¹⁴² Da mesma forma ocorre, sustenta o autor, com a liminar em mandado de segurança – que pode ser concedida ainda sem pedido expresso da parte.

Por fim, Alcides MUNHOZ DA CUNHA, debruçando-se sobre as hipóteses legais em que seria admissível a tutela cautelar de ofício, amplia o rol apresentado por Galeno LACERDA, sustentando que estas providências podem dirigir-se a dois fins distintos. Inicialmente, poderiam ser outorgadas com a finalidade de garantir instrumentalmente a efetividade do poder de polícia que o juiz deve exercitar sobre interesses materiais relevantes, indisponíveis, submetidos por determinação legal à sua fiscalização ou guarda (como jurisdição voluntária ou contenciosa), desde que presente situação de perigo sobre tais interesses. De outro lado, esta atividade oficiosa poderia também ocorrer para proteger instrumentalmente a efetividade do poder de polícia que o magistrado deve realizar sobre a regularidade e efetividade do processo ou procedimento que se sujeita à sua presidência, diante, novamente, de situação de perigo sobre a regularidade ou utilidade do processo.¹⁴³ De toda sorte, tais medidas apenas assumiriam caráter cautelar na medida em que dotassem o magistrado de certa dose de *discricionarietà* – além de fungibilidade, variabilidade e temporariedade – em sua concessão (especificamente no exame da existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a outorga da medida).

Outrossim, salienta o autor que as medidas fundadas no poder de polícia do magistrado apenas serão cautelares se tiverem por objetivo tratar com situação emergencial de perigo, no intuito de permitir o desenvolvimento regular do processo ou de procedimentos sob tutela do juiz.¹⁴⁴

Também Humberto THEODORO JÚNIOR. acompanha esta visão a respeito

¹⁴² *Idem, ibidem*, p. 528.

¹⁴³ *Idem, ibidem*, p. 533.

¹⁴⁴ *Idem ibidem*, p. 539.

das medidas cautelares de ofício. Segundo ele, há que se distinguir entre processo cautelar e medida cautelar. O processo cautelar é contencioso e, por isso, só pode operar – como atividade jurisdicional que é – em havendo a conjugação entre “ação e jurisdição”, em relação circular.¹⁴⁵ Sendo assim, sem ação (que compete à parte), não se pode caracterizar a existência de verdadeiro *processo cautelar*. O mesmo, porém, não aconteceria, na visão deste autor, com as *medidas cautelares*. Segundo leciona, “...a medida cautelar que é apenas a providência tomada pelo juiz para preservar a eficácia ou utilidade do processo, ou seja, a medida prática que ordinariamente resulta do processo cautelar, esta medida, em circunstâncias excepcionais, pode ser tomada de ofício pelo juiz, sem pressuposto da ação e do processo cautelares.”¹⁴⁶

Diante desta noção, também Humberto THEODORO JÚNIOR confere natureza cautelar ao arresto executivo (previsto no art. 653), à semelhança do que faz Galeno Lacerda, bem como à caução exigida para a promoção de atos satisfativos na execução provisória (art. 588, inc. II, na sua nova redação). Por derradeiro, sustenta este autor que a medida cautelar de ofício pode sempre ser utilizada para a proteção dos interesses públicos, pertencentes ao Estado no processo – tais como os poderes de direção do processo, destinados à manutenção da isonomia das partes ou da celeridade da prestação jurisdicional –, desde que eles estejam sendo ameaçados de lesão. Segundo ele, nestes casos, “seria ilógico e contraproducente admitir-se que a tutela dos poderes oficiais do juiz ficasse condicionada à iniciativa e disponibilidade da parte.”¹⁴⁷

PESTANA DE AGUIAR, também adere, substancialmente, a esta mesma visão em relação às cautelares de ofício. Entende ele que, em casos excepcionais, expressamente designados em lei, pode o juiz superar o princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*) para fazer atuar, independentemente de

¹⁴⁵ THEODORO JR., Humberto. *Processo cautelar*. Ob. cit., p. 96.

¹⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 96.

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 102. E conclui o mesmo autor dizendo que “impõe-se, dessa forma, reconhecer que, quando está em jogo a garantia do processo em andamento e do interesse estatal na efetiva aplicação da lei, as medidas cautelares inominadas, compreendidas dentro dos limites dos poderes processuais do juiz, tanto podem ser tomadas a requerimento da parte, como *ex-officio*” (*idem, ibidem*, p. 102/103).

provocação, a tutela cautelar.¹⁴⁸

Entretanto, este mesmo autor não vê, como expressões desta possibilidade – ao contrário do que faz Galeno LACERDA – as prerrogativas concedidas pelos artigos 793 e 888, do Código. Em seu entender, a primeira hipótese (tutelas de urgência prestadas durante a suspensão do processo cautelar) não configura caso de cautelar de ofício, já que trata, diretamente, de cautelares requeridas pelas partes da execução. Já em relação às medidas do artigo 888, sustenta o autor que as providências ali requeridas também exigem provocação, especialmente diante da menção, no parágrafo único do artigo 889, do termo “requerido”, a indicar que também deve existir um “requerente”.¹⁴⁹

Por outro lado, concorda PESTANA DE AGUIAR com Galeno LACERDA, quando este arrola, dentre as cautelares de ofício, as situações descritas nos artigos 653 (arresto executivo), 1.001 e 1.008, parágrafo único – que prevêm, respectivamente, a reserva de quinhão de herdeiro excluído e a reserva de bens, no inventário, suficientes para pagamento de credor com dívida suficientemente comprovada.¹⁵⁰

Por fim, em razão da importância deste autor para o tema das cautelares de ofício, resta esboçar as linhas gerais da teoria adotada por Egas MONIZ DE ARAGÃO. Não descarta este autor o problema da relação entre a tutela cautelar *ex officio* e o princípio da demanda. Segundo ele, a solução para o tema está na correta interpretação do disposto no artigo 797, do Código de Processo Civil. Não entende viável atribuir a estas medidas caráter administrativo – como o faz Galeno LACERDA – nem simpatiza com a tese defendida por Calmon de PASSOS, que reduz de forma absoluta as hipóteses em que esta forma de tutela se expressaria.¹⁵¹

No entender de Egas MONIZ DE ARAGÃO, o problema das relações entre

¹⁴⁸ SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. “Síntese informativa do processo cautelar”. Ob. cit., p. 48.

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 48-49.

¹⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 49. No mesmo sentido, entendendo como hipóteses de cautelares de ofício estas duas previsões (arts. 1.001 e 1.008), é a lição de Sydney SANCHES (“Poder geral cautelar do juiz”. *Ajuris*. Porto Alegre: *Ajuris*, n. 44, nov-1988, p. 60).

¹⁵¹ Segundo o autor, “um afastou a preocupação descaracterizando a função do juiz, outro, minimizando as infrações à máxima” (ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*. Ob. cit., p. 503).

as medidas cautelares de ofício e o princípio da demanda apenas se coloca em relação às providências antecedentes (anteriores ao processo), já que as incidentais não ofendem este primado. Calha recorrer às suas lições:

Dado que o processo já existe (respeitada a regra *ne procedat*) e o exercício da função jurisdicional traz em si, implícito, o poder de o juiz decretar de ofício as medidas cautelares necessárias a assegurar a eficácia e inteireza do resultado final, parece que não há motivo para a preocupação que atormentou os intérpretes. Afigura-se bem lembrada a conjugação dos arts. 797 e 262. São poderes do juiz (em verdade deveres): ‘assegurar às partes igualdade de tratamento; velar pela rápida solução do litígio; prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça’. Tem o juiz necessariamente de exercê-los; se não o fizer infringirá a lei.¹⁵²

Quanto à atuação *ex officio* do magistrado anteriormente à propositura do processo – em que haveria nítida ofensa ao princípio da demanda – entende Egas MONIZ DE ARAGÃO tratar-se, apenas, de mais uma exceção à previsão contida nos artigos 2º e 262, do Código. Assim como admite a lei a possibilidade de o juiz incoar procedimentos de jurisdição contenciosa ou voluntária (como o inventário ou a arrecadação de herança jacente), também autoriza o juiz a conceder, autonomamente, independentemente de requerimento, a tutela cautelar, na forma e segundo as condições estabelecidas no art. 797.¹⁵³

5.3.2 – O fundamento da tutela cautelar de ofício segundo a visão material

Conforme previamente assinalado, a visão material propugna a existência de um ‘direito substancial de cautela’, à tutela do qual se voltam as medidas cautelares. Nesse contexto, Ovídio BAPTISTA DA SILVA ensina:

O chamado **direito substancial de cautela**, na perspectiva do processo cautelar, é ingrediente que entra como um dado, como um pressuposto a legitimar a outorga da tutela assecurativa; pressuposto este, todavia, que não encontrará, jamais, ambiente para se ver **declarado** existente na demanda cautelar, permanecendo, mesmo depois da sentença final de procedência, como uma simples hipótese, como uma simples possibilidade de existência

¹⁵² *Idem, ibidem*, p. 503-504.

¹⁵³ *Idem, ibidem*, p. 504.

efetiva.¹⁵⁴

Com base nas premissas sobre as quais se erige a corrente material, cabe o seguinte questionamento: de que forma é possível coadunar a visão da medida cautelar como destinada à proteção de um direito substancial de cautela com a possibilidade de decretação de medidas cautelares de ofício? Não existiria, aqui, uma evidente contradição, vez que a teoria material parece esboçar uma maior vinculação entre a concessão de provimentos cautelares e o princípio da demanda?

Para responder a essa indagação, a corrente material menciona o fato de que o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 797, prevê de forma excepcional e restritiva a possibilidade de concessão *ex officio* de medidas cautelares. Destarte, o caráter absolutamente extraordinário de que o legislador revestiu tais provimentos, sob hipótese alguma seria suficiente para desnaturar a existência do chamado ‘direito substancial de cautela’ ao qual se voltaria a tutela das medidas acautelatórias. Ademais disso, ressalta-se que em outras oportunidades o Código de Processo Civil admite, excepcionalmente, que o juiz aja de ofício e relativize, assim, o princípio da demanda. Tome-se, como exemplo, a possibilidade, trazida pelo artigo 989, de o juiz determinar de ofício que se inicie o inventário, no caso de nenhuma das pessoas às quais o Código confere legitimidade para tanto o requererem no prazo legal. Acrescente-se, ainda, o artigo 162 do Decreto-lei n.º 7.661 de 21 de junho de 1945, que contempla a decretação *ex officio* da falência, com base nas provas mencionadas em seus diversos incisos.¹⁵⁵

Ovídio BAPTISTA DA SILVA, no trato do tema, aponta para a evidente vinculação entre o preceito contido no art. 797, do Código de Processo Civil, com a orientação processual das medidas cautelares. De fato, segundo o autor gaúcho, identifica-se facilmente dois objetivos, claramente perseguidos por CALAMANDREI

¹⁵⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Ob. cit, p. 68.

¹⁵⁵ Calha lembrar, nesse momento, a posição (já mencionada) tomada por Alcides MUNHOZ DA CUNHA, no sentido de que o artigo 162 em questão consista em exceção ao princípio da demanda. Afirma tratar-se esse de um típico exemplo de situações em que “há uma aparência de que a medida foi decretada *ex officio* e que é de natureza administrativa, quando entretanto decorre de

em sua prestigiada obra a respeito do tema. Em primeiro lugar, visa à obtenção de celeridade na prestação jurisdicional através de medidas cautelares supostamente antecipatórias.¹⁵⁶ Em segundo lugar, busca defender a atividade jurisdicional desenvolvida por via de um processo demasiadamente marcado pelo princípio dispositivo e pela vontade das partes. Para tanto, confere aos juízes maiores poderes para a efetiva administração e direção das relações processuais à sua responsabilidade confiadas. Conforme ensina CALAMANDREI, as providências cautelares “están dirigidas, más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y, por decir así, la **seriedad** de la función jurisdiccional.”¹⁵⁷ Em seguida, sustenta o mesmo autor italiano que a tutela cautelar “se dirige, pues, como las providencias que el derecho inglés comprende bajo la denominación de **Contempt of court**¹⁵⁸, a salvaguardar el **imperium iudicis**, o sea a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la de justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde.”¹⁵⁹

Nesse passo, e reiterando aquilo que já foi dito anteriormente, CALAMANDREI vincula a tutela cautelar antes à garantia do bom funcionamento da Justiça do que à proteção dos interesses das partes. Trata-se de medida, como já visto, nitidamente vinculada à atividade de polícia administrativa do Estado, razão pela qual observa o autor não só uma aceleração do procedimento, como também um acréscimo

uma demanda cautelar implícita na demanda cognitiva por previsão legal”, (CUNHA, Alcides Munhoz da. Comentários ao Código de Processo Civil. Ob. cit., p. 528).

¹⁵⁶ Ensina CALAMANDREI que a impossibilidade prática de acelerar a prolação do provimento definitivo faz surgir o interesse na emanção de uma medida cautelar que antecipe provisoriamente os efeitos da decisão definitiva (CALAMANDREI, Piero. *Intoduccion...* Ob. cit., p.42).

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*, p.140.

¹⁵⁸ A respeito do *Contempt of court* Eduardo TALAMINI ensina que “essa expressão, em sentido extremamente amplo presta-se a designar qualquer conduta de afronta à autoridade jurisdicional. É inviável o estabelecimento de exato paralelo com qualquer instituto do direito continental” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed., São Paulo: RT, 2003, p. 96-97).

¹⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 140.

nos poderes de iniciativa do juiz.¹⁶⁰

Dentro desse contexto, segundo a argumentação trazida por Ovídio BAPTISTA DA SILVA, revela-se consentânea às bases teóricas da corrente processual a conclusão de que, na medida em que os provimentos cautelares se voltam à tutela do processo e da jurisdição, resta clara a desnecessidade de provocação dos eventuais interessados para que sejam concedidos. “Contudo, os pressupostos ideológicos a que estava submetida toda a doutrina processual, não só italiana, mas européia, fizeram com que essa tímida equiparação entre os provimentos cautelares e as medidas contra o desrespeito ao tribunal, que o direito inglês conhece sob a denominação de **contempt of court**, ficasse na dependência de pedido expresso das partes.”¹⁶¹ Finda Ovídio BAPTISTA DA SILVA por concluir que, o ordenamento passou a reconhecer ao magistrado maiores poderes para a defesa da soberania do Estado, “desde, porém, que os particulares envolvidos no litígio nisso tenham interesse e obriguem o representante do Estado a defender-se!... Se as partes desinteressarem-se por isso, nada poderá o magistrado fazer, porque o **princípio dispositivo** o impede.”¹⁶²

Por conta de tudo isso, a redação conferida ao artigo 797 do Código de Processo Civil revela evidente influência dessa tradição doutrinária. Isso porque, o referido dispositivo legal expressamente limita a concessão de provimentos cautelares de ofício, ao se valer de expressões como “*em casos excepcionais*” ou, ainda, quando “*expressamente autorizados por lei*”. Nesse sentido, cabe salientar que “as chamadas medidas cautelares *ex officio* não foram criadas pelo Código de Processo Civil, que se limita, no art. 797, apenas a restringir-lhes o emprego, proibindo que o juiz delas se valha a não ser nos casos excepcionais previstos em lei.”¹⁶³

A enumeração, exaustivamente feita pela doutrina, dos diversos casos em que o Código de Processo Civil traz (ou supostamente o faz) medidas cautelares de

¹⁶⁰ Nesse momento, CALAMANDREI se reporta a um caso de medida cautelar de ofício contemplado pelo ordenamento italiano: “no olvidemos que el caso más típico, si no el único de nuestro proceso, es el de la declaración de quiebra pronunciada de oficio, que, como se há visto, es precisamente una medida cautelar” (*Introducción...*, p. 141).

¹⁶¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Ob. cit., p.108.

¹⁶² *Idem, ibidem*, p. 108.

¹⁶³ *Idem, ibidem*, p. 113.

ofício resta por evidenciar a escassez de hipóteses legais que expressamente autorizam a concessão *ex officio* de provimentos cautelares. A seguir, serão analisados alguns dos exemplos mais freqüentemente invocados pelos tratadistas.

PONTES DE MIRANDA enquadra o arresto previsto no artigo 653 do Código de Processo Civil¹⁶⁴ como uma espécie de medida cautelar de ofício a qual, segundo ele, “não perde o caráter de cautelar a despeito de ser medida que resulta de dever do oficial de justiça, que recebeu ordem de citação e não encontrou o devedor.”¹⁶⁵ Para Ovídio BAPTISTA DA SILVA, todavia, esse arresto não é uma medida cautelar, mas uma penhora antecipada, uma espécie de execução de urgência. Da mesma forma se posiciona Galeno LACERDA, ao asseverar:

Concordamos com OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA quando nega a esse arresto o caráter típico de ação cautelar de arresto e lhe atribui feição de início de processo executivo, pois já se trataria, aí, de constrição executiva, o que não ocorre com as constrições cautelares. A rigor, analisando a espécie do art. 653 com profundidade e minudência, ver-se-á que estamos em presença de figura mista, simultaneamente cautelar e executiva: cautelar, enquanto evita que a eventual má fé do devedor no fugir à citação prejudique ou ameace a segurança de realização do direito do credor; executiva, porque, no mandado judicial, já se contém a ordem de conversão do arresto em penhora, o que dá à medida o caráter também de pré-constrição executiva.¹⁶⁶

Para Galeno LACERDA, a previsão de suspensão do processo constante dos artigos 266 e 793 do Código de Processo Civil (respectivamente, para o processo de conhecimento e de execução),¹⁶⁷ seriam exemplares de provimentos acautelatórios de concessão *ex officio*. Isso porque, nesses casos, o Código atribui ao magistrado a possibilidade de decretar certas providências que podem resguardar e preservar os valores pessoais e materiais sob os seus cuidados. PONTES DE MIRANDA igualmente qualifica a hipótese esboçada pelo artigo 793 como caso de medida cautelar de ofício. Humberto THEODORO JÚNIOR, adepto da teoria tradicionalista,

¹⁶⁴ Art. 653, Código de Processo Civil : “O oficial de justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução”.

¹⁶⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 39.

¹⁶⁶ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 118.

¹⁶⁷ Art. 266 do Código de Processo Civil: “Durante a suspensão é defeso praticar qualquer ato processual; poderá o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes, a fim de evitar dano

por outro lado, sustenta que tais dispositivos esboçam medidas cautelares que podem ser decretadas durante a suspensão do processo mas que, para tanto, dependerão de expresse requerimento dos interessados.

A caução exigida pelo legislador processual para que uma sentença possa ser executada provisoriamente, não é, segundo ensina, Ovídio BAPTISTA DA SILVA, um exemplo de medida cautelar de ofício. Afirma o eminente processualista que tal caução não tem natureza acautelatória, representando, em verdade, espécie do gênero de cauções denominadas por PONTES DE MIRANDA como “*cauções de direito completo*”¹⁶⁸

Para Ovídio BAPTISTA DA SILVA, muito embora nem todas as medidas previstas no artigo 888 do Código de Processo Civil tenham efetivamente natureza cautelar, há que se reconhecer que várias delas são passíveis de decretação *ex officio* pelo magistrado.

No que se refere ao seqüestro constante do artigo 919 do Código de Processo Civil,¹⁶⁹ o processualista gaúcho assevera que essa medida não tem natureza cautelar, vez que representa a retirada definitiva da posse dos bens cuja administração se encontrava sob a responsabilidade do administrador condenado a prestar contas.

Em conclusão, Ovídio BAPTISTA DA SILVA propugna a existência de apenas duas autênticas medidas cautelares *ex officio* no ordenamento brasileiro. Trata-se da previsão constante do artigo 1.001 do Código de Processo Civil¹⁷⁰ e da previsão

irreparável”. Art. 793: “Suspensa a execução, é defeso praticar quaisquer atos processuais. O juiz poderá, entretanto, ordenar providências cautelares urgentes”.

¹⁶⁸ “Algumas cauções são de direito completo, isto é, não dependem de outra motivação que a da regra de direito material, ou, processual, que ordena ser prestada” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, tomo VI, 1999, p. 520).

¹⁶⁹ Art. 919 do Código de Processo Civil: “As contas do inventariante, do tutor, do curador, do depositário e de outro qualquer administrador serão prestadas em apenso aos autos do processo em que tiver sido nomeado. Sendo condenado a pagar o saldo e não o fazendo no prazo legal, o juiz poderá destituí-lo, seqüestrar os bens sob sua guarda e glosar o prêmio ou gratificação a que teria direito”.

¹⁷⁰ Art. 1.001 do Código de Processo Civil: “Aquele que se julgar preterido poderá demandar a sua admissão no inventário, requerendo-o antes da partilha. Ouvidas as partes no prazo de dez dias, o juiz decidirá. Se não acolher o pedido, remeterá o requerente para os meios ordinários, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio”.

do artigo 1.018 do mesmo Código.¹⁷¹

Em contrapartida, PONTES DE MIRANDA, que pode ser considerado o verdadeiro precursor da visão substancial, aponta um leque mais amplo de provimentos cautelares de decretação de ofício. Além dos casos acima mencionados, soma ao rol dessas medidas a hipótese trazida pelo artigo 1000 e 1039 do Código de Processo Civil.^{172 173} No que se refere especificamente ao artigo 1.039 do Código, Alcides MUNHOZ DA CUNHA é taxativo ao afirmar que esse dispositivo legal não contempla hipóteses de provimentos cautelares a serem decretados *ex officio* pelo juiz “para a reserva de quinhão de herdeiro em inventário (...), em sintonia com as disposições das leis de direito material (Código Civil), pois nesses casos a lei não lhe dá margem para deixar de promover essa reserva.”¹⁷⁴

Deve-se ressaltar que, para Ovídio BAPTISTA DA SILVA, as medidas cautelares *ex officio* serão sempre incidentais a alguma demanda promovida pelas partes, não cabendo ao juiz decretar medidas cautelares antecedentes à ação que se

¹⁷¹ Art. 1018 do Código de Processo Civil: “Não havendo concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será ele remetido para os meios ordinários. **Parágrafo único** – O juiz mandará, porém, reservar em poder do inventariante bens suficientes para pagar o credor, quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação”.

¹⁷² O artigo 1.000 do Código de Processo Civil dispõe que : “Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de dez dias, para dizerem sobre as primeiras declarações. Cabe à parte...”. O inciso III coloca: “contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro”. A parte final do § único prevê que “verificando que a disputa sobre a qualidade de herdeiro, a que alude o inciso III, constitui matéria da alta indagação, remeterá (o juiz) a parte para os meios ordinários e sobrestará, até o julgamento da ação, na entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido”.

¹⁷³ Art. 1.039, Código de Processo Civil: “Cessa a eficácia das medidas cautelares previstas nas várias seções desse capítulo: I- se a ação não for proposta em trinta dias, contados da data em que da decisão foi intimado o impugnante (art. 1.000, § único), o herdeiro excluído (art. 1.001) ou o credor não admitido (art. 1.018);II- se o juiz declarar extinto o processo de inventário com ou sem julgamento do mérito...”. PONTES DE MIRANDA afirma que o referido artigo “faz cessar a eficácia dessas medidas cautelares se no prazo legal a ação não foi proposta, ou se não foi admitido o sucessor, ou o credor (art. 1.039, I), ou se o juiz declarou extinto o processo de inventário com ou sem julgamento de mérito (art. 1.039, II). Tais medidas cautelares são determinadas de ofício” (MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 39).

¹⁷⁴CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 536.

debruça sobre a tutela do direito material propriamente dito.¹⁷⁵

5.3.3 – As medidas cautelares *ex officio* na visão de Alcides Munhoz da Cunha e de Galeno Lacerda

Alcides MUNHOZ DA CUNHA, como já asseverado, igualmente se opõe à visão processual das medidas cautelares (genericamente consideradas), pautando sua construção teórica em premissas peculiares à doutrina material. Entretanto, sua compreensão sobre os provimentos cautelares enfatiza a proteção ao *fumus boni iruris* que, efetivamente, representaria o objeto sobre o qual tais medidas atuam, de forma autônoma, para salvaguardar do perigo de dano irreparável os interesses materiais das partes.

Em uma de suas passagens, assevera que, a despeito da corrente processual entender as medidas cautelares como voltadas à tutela do processo e, por conseqüência, da jurisdição, “...quando se está diante de medidas cautelares que o juiz decreta para a defesa da jurisdição, no curso de um processo, como a condução forçada de testemunhas (...), a doutrina e a jurisprudência negam a característica de cautelar, atribuindo a essas providências natureza administrativa e qualificando-as como medidas do processo.”¹⁷⁶

Alcides MUNHOZ DA CUNHA é taxativo ao afirmar que apenas medidas cautelares de natureza judicial-administrativa são passíveis de concessão de ofício. Tal é a conclusão a que se chega a partir da leitura do trecho abaixo transcrito:

¹⁷⁵ Esse posicionamento do mestre gaúcho revela sua preocupação em preservar o princípio da demanda. Destarte, entende possíveis medidas cautelares de concessão *ex officio*, desde que de forma incidental ao processo no qual é travada a discussão sobre certo direito material.

¹⁷⁶ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p.522. Como exemplo, tome-se o seguinte posicionamento defendido por Humberto THEODORO JÚNIOR, um dos clássicos representantes da visão tradicionalista: “admite o art. 847 que as medidas em questão sejam deferidas antes da propositura da ação, ou na pendência desta.

Como se verá, o dado curioso é o de que apenas as medidas cautelares administrativas podem ser decretadas *ex officio*, de modo preparatório ou de modo incidental, a um processo ou procedimento e que, dentre essas, existe a espécie de medidas cautelares administrativas que se constituem em manifestações do poder de polícia que o juiz exerce sobre o processo, sendo que essas é que são as medidas que na verdade se destinam a tutelar o processo, independentemente de uma demanda, não assumindo essa destinação as medidas propriamente jurisdicionais que, na sua essência, são vocacionadas a atuar autonomamente sobre o *fumus* para a preservação de interesses periclitantes das partes, notadamente interesses materiais, em situação de particular urgência¹⁷⁷

Diante de tal afirmação, é inevitável que se chegue à seguinte conclusão: para o jurista, as medidas cautelares administrativas que visam à salvaguarda do processo (e que, como já sublinhado, podem ser decretadas *ex officio*), coincidem, em essência, com a visão processual dos provimentos cautelares, na proporção em que seu verdadeiro objetivo é a tutela da atividade jurisdicional. Não obstante isso, as medidas cautelares impulsionadas na direção da solução de uma lide (às quais batizou de jurisdicionais) são as que verdadeiramente estão destinadas à proteção do *fumus*. Em outras palavras, essas são as medidas que efetivamente revelam a natureza cautelar pelo jurista identificada, na linha da doutrina material, com o objetivo de atuação autônoma sobre a ‘fumaça do bom direito’.

Logo, resta evidenciado que, na sua ótica, as medidas cautelares jurisdicionais jamais poderão ser concedidas de ofício, porquanto sua própria existência, desde um ponto e vista lógico, depende da iniciativa dos eventuais interessados, “...pois sem demanda não se configura a lide cautelar e não havendo *res in iudicium deducta* o juiz não poderá solucionar uma lide”.¹⁷⁸

Mas, a medida probatória já no curso do processo principal, mesmo que seja feita antes da fase adequada, não tem caráter cautelar. Integra-se, ao contrário, na própria atividade instrutória do processo” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. Ob. cit., p. 304).

¹⁷⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 522. Também este é o entendimento manifestado por Rodolfo de CAMARGO MANCUSO (“Processo cautelar: a tutela judicial na segurança”. *Revista dos tribunais*. São Paulo: RT, mai/1989, v. 643, p. 39).

¹⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 525. Para esse autor, “quanto às medidas genuinamente cautelares, de natureza jurisdicional, pode-se dizer que não podem prescindir de uma demanda, ou seja, de uma alegação da partes ou interessado pela qual se identifique uma situação cautelanda, uma lide e a necessidade de segurança mediante a atuação de interesses plausíveis, em situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação” (*idem, ibidem*, p. 527).

Galeno LACERDA caminha por trilha bastante semelhante quando se propõe a relacionar a atividade realmente jurisdicional ao exercício de certos poderes-deveres dos magistrados. Para ele, “haverá jurisdição propriamente dita, se o juiz ou tribunal decidirem lide ou questão. Em regra, o respectivo pronunciamento resulta provocado.” Em momento posterior, conclui o seguinte:

Enquanto, porém, na jurisdição contenciosa e na voluntária, incide, em regra, o art. 2º - **‘nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer nos casos e forma legais’**- o que faz indispensável a incoação alheia, as atividades de-ofício, porque resultantes diretas do poder-dever judicial, tornam secundários e não-essenciais os possíveis pedidos dos sujeitos da relação processual. Mesmo sem eles, impende ao juiz o dever de agir.¹⁷⁹

Dentro desse cenário, calha ressaltar a importância de que se reveste o exercício da atividade judicial-administrativa pelos juízes nos mais diversos processos em que venham a atuar. Contudo, não há como negar que em várias oportunidades essas decisões proferidas de ofício acabam por ser confundidas com decisões efetivamente jurisdicionais, decorrentes de demanda cautelar implícita na questão principal, por força de previsão legislativa. Como exemplo, cite-se o interessante caso: pode ocorrer que no curso de um mandado de segurança, a despeito de inexistir expresso pedido de liminar cautelar, o juiz a conceda por estar diante de situação em que identifica os requisitos necessários para a decretação de tal medida. Mesmo assim, não se pode dizer que esse é um típico caso de medida cautelar *ex officio*, porquanto a relevância dessa ação constitucional traz nela, implicitamente, o pedido de liminar em situações que se revelam emergenciais. Ademais disso, há que se mencionar que a indicação do estado de perigo consiste, por si só, em uma causa de pedir que denota a imprescindibilidade de segurança.¹⁸⁰

¹⁷⁹ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 112.

¹⁸⁰ Alcides MUNHOZ DA CUNHA proclama que “...em sede de cautelar não é propriamente o pedido, mas a causa de pedir que baliza a lide cautelar e insinua a demanda cautelar, como se pode depreender, aliás, da leitura dos artigos 801 e 798 do CPC. Basta, pois, que a necessidade qualificada de proteção jurídica decorra da exposição dos fatos”. Posteriormente, assinala que “será cautelar, entretanto, de natureza administrativa, porque vocacionada a exercer a polícia do processo quanto à sua efetividade, a decisão do juiz que adequar *ex officio* o rito para o processamento da medida de urgência (demanda cautelar), sob pena de comprometer a efetividade da tutela de

No curso de sua vasta obra sobre o tema, Alcides MUNHOZ DA CUNHA propõe-se a enumerar as espécies de medidas cautelares de natureza judicial-administrativa encontradas no ordenamento jurídico brasileiro. Desde logo, no entanto, adverte o leitor sobre a existência das mais variadas classificações doutrinárias que, em última instância, revelam a confusão que parece reinar entre os processualistas no que toca a esse tema específico.

Ponto inicial, digno de atenção especial, é a consideração feita pelo autor de que as sentenças que põem fim aos procedimentos de jurisdição voluntária não podem ser confundidas com medidas cautelares, haja vista o fato de que a atividade desempenhada pelo juiz, nesse terreno, não tem como objeto uma lide cautelar, mas sim um conflito de interesses fictamente criado pela ordem pública, por uma questão de política legislativa. Assim sendo, essas situações revelam a preocupação do Estado em obter certos efeitos jurídicos através da coordenação de interesses que, por sua relevância, ficam relegados a uma espécie de curadoria dos magistrados.¹⁸¹ Em suma, conclui que “na essência, os casos de jurisdição voluntária correspondem ao exercício do poder de polícia que é atribuído finalisticamente aos juízes para autorizar determinados efeitos em relação a certos interesses reputados de singular relevância no âmbito dos direitos fundamentais, públicos ou sociais.”¹⁸² Ou seja, sustenta a inexistência da categoria específica de medidas cautelares de jurisdição voluntária, em razão de não haver qualquer procedimento próprio de jurisdição voluntária que vise, com exclusividade, à produção de medidas cautelares.

Para Alcides MUNHOZ DA CUNHA, ao juiz é lícito decretar autonomamente provimentos cautelares (que, portanto, são de natureza judicial-administrativa) nos casos que seguem:

* movido pelo escopo de garantir instrumentalmente a efetividade do poder de polícia que deve ser exercido para a defesa de certos interesses entendidos como da

urgência” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 529-530).

¹⁸¹ Citem-se, como exemplos, os interesses dos menores, incapazes e ausentes.

¹⁸² CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p.522.

maior relevância, indisponíveis, e que, por essa razão, estão submetidos por imposição legal à sua fiscalização ou guarda.

Ressalta que, para que tais medidas se configurem, é imprescindível que reúnam certas características, quais sejam, discricionariedade, fungibilidade, variabilidade e temporariedade.¹⁸³

A título exemplificativo, cita a situação em que, no curso de ação própria à jurisdição contenciosa, na qual se litiga contra menores, o juiz constata irregularidades na defesa dos interesses daquele por parte de seu representante legal. Nesse caso, está autorizado a tomar providência judicial-administrativa para substituir ou nomear *ad hoc* outro representante.

* movido pelo objetivo de garantir instrumentalmente a efetividade do poder de polícia que deve exercer sobre a regularidade de todos os processos. Com efeito, deve-se mencionar que nem todas as medidas de poder de polícia apresentam natureza cautelar, mas apenas as que são concedidas face à existência de circunstâncias passíveis de colocar em risco o regular desenvolvimento do processo.

Por fim, defende o mestre paranaense a possibilidade de decretação *ex officio* de medidas cautelares preparatórias, ainda que, de modo geral, essa decretação se dê em caráter incidental. Nesse viés, é autorizada aos magistrados a concessão de provimentos cautelares mesmo sem o prévio requerimento das partes, “...seja de modo incidental a um processo jurisdicional ou a um processo administrativo, quando não para dar início a um procedimento administrativo”,¹⁸⁴ de forma que venham a ser tutelados certos interesses entendidos pelo legislador como da maior relevância.

5.4 - CONTEÚDO E DIMENSÃO DA TUTELA CAUTELAR DE OFÍCIO

¹⁸³ Destaca que tais medidas, concedidas com o propósito primordial de garantir certos interesses materiais, podem também ser decretadas no curso de processo de jurisdição contenciosa, quando o conflito de interesses em questão envolve reflexamente esses interesses. (*Idem, ibidem*, p. 536).

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 542.

5.4.1 - Extensão da tutela cautelar de ofício

A doutrina processual mostra-se claramente dividida no que se refere à definição da amplitude de situações em que o magistrado se vê legitimado a conceder *ex officio* medidas cautelares. As discussões não só incidem sobre uma análise da redação do artigo 797, como também atingem o conteúdo dos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil, que tratam do chamado poder geral de cautela do juiz.

Dentre os diversos autores que se ocuparam dessa questão, destaca-se o posicionamento adotado por Egas MONIZ DE ARAGÃO. Para o ilustre processualista, os pressupostos trazidos pelo artigo 797 para a concessão de medidas cautelares de ofício, quais sejam, “*casos excepcionais, expressamente autorizados por lei*”, devem ser tomados de forma disjuntiva o que, em outras palavras, significa atribuir à vírgula que os separa no texto o sentido da conjunção gramatical ‘ou’.

Desse modo, a partir da interpretação sugerida, ao magistrado é autorizada a decretação de medidas cautelares, ainda que não haja pedido das partes, em *casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei*. Para embasar sua opinião, Egas MONIZ DE ARAGÃO imagina a hipótese em que o artigo 797 não existisse no sistema jurídico processual. Partindo dessa premissa, indaga ele se, nessa situação “... estaria o juiz impedido de determinar medidas cautelares de ofício em casos expressamente autorizados por lei?”. Na seqüência de seu texto, responde:

Parece óbvio que não. Para tais situações a lei nada inovou e seu silêncio nem seria notado. A omissão constituiria veto, aí sim, à expedição de medidas cautelares de ofício em casos excepcionais, isto é, aqueles não autorizados por lei, para os quais prevaleceria a disposição que consagra o princípio dispositivo. Quanto a eles, sem dúvida, a lei inovou ao autorizar o juiz a emitir medidas cautelares de ofício. Segue-se que o poder de atuação do magistrado não fica circunscrito aos casos expressamente autorizados por lei.¹⁸⁵

Enfim, Egas MONIZ DE ARAGÃO confere à redação do artigo 797 uma interpretação extensiva, sustentando que ao juiz é legítimo decretar de ofício não só as

¹⁸⁵ ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*. Ob. cit., p. 502-503.

medidas cautelares expressamente autorizadas por lei, como também as que se fizerem necessárias em casos excepcionais (ainda que não vislumbrados em texto legal). A concessão dos provimentos cautelares, nessa última hipótese, “dependerá de serem considerados excepcionais.”¹⁸⁶

Alcides MUNHOZ DA CUNHA igualmente se inclina para o entendimento de que os requisitos do artigo 797 são, em verdade, disjuntivos. Desse modo, “...a lei indicará situações em que porventura será cabível uma medida cautelar *ex officio* (...). Por outro lado, sempre haverá a possibilidade de medidas cautelares *ex officio* e atípicas com base na excepcionalidade de uma situação cautelanda, o que é uma constante na atividade cautelar, onde predomina a atipicidade.”¹⁸⁷

Não obstante o tratamento ampliativo que Egas MONIZ DE ARAGÃO, seguido por Alcides MUNHOZ DA CUNHA, confere ao artigo 797, há autores que se revelam nitidamente vinculados a uma interpretação adstrita à literalidade da redação do referido dispositivo legal.

Nesse sentido, importa invocar-se a opinião manifestada por PESTANA DE AGUIAR que, ao relacionar o artigo 797 ao disposto no artigo 798, sustenta que “se o art. 797 só admite a medida cautelar de ofício em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, a está limitando às hipóteses especificamente previstas na norma legal. De outro modo, não haveria necessidade de se referir à expressa autorização legal. Bastaria o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (art. 798)”.¹⁸⁸ Por fim, afirma que, “como corolário do princípio *ne procedat iudex ex officio*, há de se convir que o poder cautelar geral só cabe nas medidas provocadas pelo interessado. Para que

¹⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 503.

¹⁸⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 527. No que toca especificamente ao posicionamento exarado pelo ilustre processualista paranaense, calha ressaltar que, em momento algum ele se reporta à possibilidade de concessão de medidas cautelares nominadas, cuja decretação *ex officio*, todavia, não haja sido expressamente prevista em lei. Face ao seu silêncio, parece mostrar-se mais apropriada a interpretação de que, para ele, somente é possível a decretação, em casos excepcionais (não autorizados por lei), de medidas cautelares de ofício inominadas.

¹⁸⁸ AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Síntese informativa do processo cautelar*. Ob. cit., p. 49.

este princípio referente à atividade jurisdicional não vingue, impõe-se seu inequívoco afastamento pela lei.”¹⁸⁹

Humberto THEODORO JÚNIOR, em um primeiro momento, parece adotar posicionamento semelhante ao de PESTANA DE AGUIAR, pois afirma que, como regra, as medidas cautelares inominadas devem ser objeto de processo cautelar instaurado por provocação da parte. Assim sendo, conclui que só excepcionalmente, nos casos expressamente previstos em lei, é que o juiz poderá decretar *ex officio* provimentos cautelares atípicos sem provocação da parte interessada.

A despeito de expressar tal opinião, em um segundo momento sustenta que “a restrição de que só em ação cautelar é exercitável o poder genérico da cautela, não pode, todavia, ser lavada a externo absoluto. Urge, na verdade, reconhecer que sendo o processo uma relação trilateral, nele atuam e se realizam interesses tanto das partes, como do Estado-juiz, que também é sujeito processual.”¹⁹⁰ Ou seja, há que se entender que o Estado, enquanto sujeito processual, tem direitos, deveres e interesses próprios, os quais podem ser lesados ou ameaçados pela desídia ou má-fé das partes.

Quanto ao interesse do Estado, Humberto THEODORO JÚNIOR assevera que tal interesse reside na manutenção do império da ordem jurídica, a qual é alcançada pela justa composição da lide.¹⁹¹ Como exemplo dos instrumentos atribuídos pelo legislador ao Estado, visando a habilitá-lo à consecução dos objetivos de ordem pública que inspiram a atividade jurisdicional, cita o artigo 125 do Código de Processo Civil. Esse dispositivo legal confere ao juiz poderes na direção do processo, destinando-lhe a atribuição de: assegurar às partes igualdade de tratamento, velar pela rápida solução do litígio e prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça. Invoca, ainda, o artigo 130 do Código, que atribui ao juiz a incumbência de determinar, *ex officio*, as provas necessárias à instrução do processo.

Com efeito, entende que, se os interesses públicos que o Estado titulariza no processo forem de alguma forma ameaçados de lesão, ao juiz será perfeitamente lícito

¹⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 49.

¹⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. Ob. cit., p. 101.

¹⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 102.

protegê-los adotando, para tanto, as medidas cautelares necessárias (ainda que não haja provocação das partes envolvidas).¹⁹² Destarte, conclui o célebre jurista se impor “...dessa forma, reconhecer que, quando está em jogo a garantia do próprio processo em andamento e do interesse estatal na efetiva aplicação da lei, as medidas cautelares inominadas, compreendidas dentro dos limites dos poderes processuais do juiz, tanto podem ser tomadas a requerimento da parte, como *ex officio*”.¹⁹³

Sydney SANCHES, a seu turno, assevera que os poderes conferidos ao órgão jurisdicional para a defesa do interesse público na obtenção da aplicação do direito ao caso concreto, segundo os trilhos do devido processo legal, “decorreriam, a nosso ver, do disposto no art. 797 em conjugação com o art. 125.”¹⁹⁴

Do mesmo modo, Galeno LACERDA apregoa que, haja vista as medidas cautelares se voltarem à tutela de imperativos de interesse público ou social, tarefa essa da maior relevância, deve-se tomar como obrigatória uma interpretação extensiva e analógica do artigo 797. Assim sendo, conclui que, “nessa matéria discricionária, pode o juiz decretar cautelas nominadas e inominadas (...). Essa liberdade de atuação desponta com mais freqüência e intensidade no direito de família, segundo se verifica na jurisprudência.”¹⁹⁵ Posteriormente, menciona que, “como exemplo fora do direito de família, tem a jurisprudência autorizado o seqüestro de-ofício, como recurso extremo de prevenção à manutenção da ordem e a lesões cuja reparabilidade o magistrado reconheça difícil, incerta ou, mesmo, impossível. É que, ao juiz de instrução, a atual processualística atribui toda iniciativa tendente a prevenir, segundo seu prudente arbítrio, qualquer danosa consequência aos interesses *sub judice*.”¹⁹⁶

Do exposto, chega-se à conclusão de que, enquanto para Humberto

¹⁹² Como exemplo, Humberto THEODORO JÚNIOR cita o caso em que o interesse estatal pelo célere desenvolvimento do processo é posto em risco por maliciosas e repetidas retiradas dos autos de cartório. Nessa situação, poderá o juiz, de ofício, ordenar a busca e apreensão dos autos injustamente retidos e a proibição do advogado de ter novas vistas fora do cartório, (*idem, ibidem*, p. 102).

¹⁹³ *Idem, ibidem*, p. 102-103.

¹⁹⁴ SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro*. Ob. cit., p. 136.

¹⁹⁵ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p.130.

¹⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 132.

THEODORO JÚNIOR é possível que o juiz, excepcionalmente, conceda medidas cautelares inominadas de ofício, desde que esteja diante de lesão ou de ameaça de lesão ao interesse estatal de manutenção da ordem jurisdicional, Galeno LACERDA considera possível a decretação *ex officio* de provimentos cautelares nominados e inominados não só para a tutela dos referidos interesses, como também para a proteção de outros, socialmente relevantes, tais como os interesses dos menores nas relações familiares.

PONTES DE MIRANDA, por outro lado, afirma que a regra, naquilo que diz com as medidas cautelares de ofício, é a de que tais provimentos se subordinem ao princípio *ne procedat judex ex officio*, salvo quando a lei ou a natureza da ação principal autorize ao magistrado decretá-las, ainda que sem provocação. Quanto à natureza da ação principal, ensina que “um dos princípios é o de que, se o processo principal é de instalação de ofício, a medida preventiva também o é; se inquisitivo, depois de instalado segundo o princípio dispositivo (combinação que se encontra), a medida preventiva, pendente a lide, é de ofício. Isso não afasta poder ser pedida ou sugerida.”¹⁹⁷

No mesmo sentido, Calmon de PASSOS assevera que “como adverte Pontes de Miranda – a nosso ver com acerto - o princípio dispositivo comunica-se: se o processo principal é dispositivo, o cautelar também o é; e também o princípio de ação ou da demanda se quisermos distinguir um do outro, como faz certa parte da doutrina, com boa fundamentação teórica.”¹⁹⁸

Por fim, calha mencionar a preocupação expressada por Ovídio BAPTISTA DA SILVA que, ao relacionar de forma comparativa os artigos 797 e 798, aponta importantes diferenças em seus conteúdos. Desde logo, assinala que o poder cautelar geral do magistrado não se confunde com a possibilidade de concessão de ofício de medidas cautelares. Assim sendo, a despeito das confusões reiteradamente manifestadas pela doutrina, entende que o artigo 797 tem um sentido próprio,

¹⁹⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 43.

¹⁹⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1984, v. X, tomo I, p. 83.

desvinculado do conteúdo do artigo a ele subsequente.

...a doutrina costuma às vezes identificar o denominado poder cautelar geral com as medidas *ex officio*, e outras vezes identifica este mal-definido poder cautelar geral com as medidas cautelares inominadas. É necessário, porém, advertir que o poder que o magistrado possa ter para defender a jurisdição não se confunde com o direito da parte. Uma coisa é poder do Estado (CHIOVENDA), outra ação (direito da parte). Melhor definiríamos esse pretense ‘poder’ geral de cautela dizendo que o magistrado, em tais casos, tem antes o ‘dever’ de prestar cautela.¹⁹⁹

5.4.2 - Momento de concessão das medidas cautelares de ofício

Mostra-se também interessante a constatação de que, no que tange à definição do momento adequado para a concessão de medidas cautelares de ofício, a doutrina se divide de tal forma que resulta impossível a categorização dos diferentes posicionamentos adotados segundo se insiram na visão processual ou material.

De início, tome-se o entendimento propugnado por Humberto THEODORO JÚNIOR, clássico representante da corrente processual: segundo esse autor, o juiz, em hipótese alguma, está legitimado a iniciar qualquer relação processual de ofício. Assim sendo, “...a excepcional faculdade do exercício da função cautelar *ex officio* há de integrar, *incidenter tantum*, os próprios autos do processo de conhecimento ou de execução onde as medidas provisórias se tornarem necessárias.”²⁰⁰ Destarte, revela-se o caráter necessariamente incidental (e interno ao ‘processo principal’) das medidas cautelares passíveis de concessão *ex officio*.

Da mesma forma, Ovídio BAPTISTA DA SILVA, defensor fervoroso da visão material disseminada por PONTES DE MIRANDA e um dos maiores (senão o maior) contribuinte para o desenvolvimento da teoria geral das cautelares fundada na existência de um ‘direito substancial de cautela’, igualmente considera que medidas cautelares de ofício somente possam ser decretadas de forma incidental ao processo que se volta à tutela de certo direito material propriamente dito.²⁰¹

¹⁹⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Ob. cit., p. 113.

²⁰⁰ THEODORO Jr. Humberto. *Processo Cautelar*. Ob. cit., p. 98.

²⁰¹ Nesse sentido, ensina o mestre gaúcho que “as medidas cautelares *ex officio* serão necessariamente incidentes de alguma demanda regularmente promovida pelas partes, não cabendo ao

Portanto, observa-se que, a despeito do fato de que cada um dos dois processualistas mencionados sejam partidários de visões antagônicas no que se refere à natureza dos provimentos cautelares, acabam por manifestar opiniões congruentes naquilo que toca ao momento de concessão das medidas cautelares de ofício.

Ora, o entendimento de que tais medidas só são passíveis de decretação incidentalmente a um processo já instaurado revela grande apego ao princípio da demanda preceituado no artigo 2º e, posteriormente reiterado no artigo 262 do Código de Processo Civil. Com efeito, as premissas sob as quais se desenvolve a corrente material, sob certa perspectiva, justificam a existência de uma maior preocupação com esse princípio. Isso porque, a partir do momento em que tal teoria enquadra as medidas cautelares como instrumentos para a tutela de uma espécie própria de direito material, vale dizer, o ‘direito substancial de cautela’, mostra-se diretamente vinculada ao interesse das partes na obtenção de proteção jurisdicional a essa direito.

Ao revés, as medidas cautelares, segundo a visão processual, vinculam-se à tutela do processo, ou seja, da atividade jurisdicional, parecendo, de certa forma, estarem menos adstritas à vontade das partes do que o estão conforme as entende a corrente material. Nesse plano, o intento de preservação do princípio da demanda manifestado por Humberto THEODORO JÚNIOR, revela-se menos conectado à estrutura lógico-sistemática da teoria por ele defendida e visivelmente mais relacionado a um sentimento genericamente difundido na doutrina processual, no sentido de se promover uma ‘sacralização’ da máxima do *ne procedat judex ex officio*.²⁰²

No entanto, cabe apontar não é unânime junto aos representantes da corrente processual o entendimento acima mencionado. Cite-se, como exemplo, a opinião emitida por Egas MONIZ DE ARAGÃO, processualista reconhecidamente adepto à

juiz, através dos poderes que lhe confere o art. 797 do CPC, decretar medidas cautelares antecedentes a qualquer ação” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Ob. cit., p. 113).

²⁰² Da mesma forma, PESTANA DE AGUIAR sustenta que as medidas cautelares de ofício serão sempre “integrantes *incidenter tantum* dos próprios autos do processo de conhecimento ou de execução onde se tornem necessárias e a lei as preveja. (...) São, assim, medidas anômalas, embora previstas em lei, pois procedimentos incidentais, sem vida processual autônoma, haja vista sua

visão processual que, todavia, afirma categoricamente a possibilidade de concessão de ofício de medida cautelar preparatória.

Apesar da regra geral, expressa no art. 2º e reiterada no 262, a lei contém, por exceção disposições que atribuem ao juiz agir de ofício, seja na incoação de processo de jurisdição contenciosa (inventário), seja na de procedimentos de jurisdição voluntária (arrecadação de herança jacente e de bens de ausente). Dá-se o mesmo com a decretação pelo juiz, de ofício, como prescreve a lei respectiva, da falência do comerciante que impetrara concordata preventiva. A determinação de medidas cautelares constitui apenas uma exceção a mais. Fiéis ao princípio dispositivo, os processualistas recebem mal tais exceções.²⁰³

A identificação de posicionamentos relativos ao momento de decretação das medidas cautelares *ex officio*, a despeito da adoção de visões distintas quanto à natureza dos provimentos acautelatórios, também pode ser constatada pela análise comparativa entre a obra de Galeno LACERDA e de Alcides MUNHOZ DA CUNHA.

Pelo o que já foi apontado, sabe-se que Galeno LACERDA, autor de importantíssimas contribuições em matéria de medidas cautelares, criou uma teoria própria sobre o tema, pautando-se, contudo, ora em pressupostos da corrente processual, ora da corrente material²⁰⁴

De outra ponta, Alcides MUNHOZ DA CUNHA, embora em diversos momentos se aproxime do pensamento exposto pelo mestre gaúcho, posiciona-se pela defesa da materialidade da cautela.

No entanto, ambos os processualistas, concordam em afirmar que a concessão *ex officio* das medidas cautelares pode ocorrer tanto incidentalmente, quanto preliminarmente ao que parte da doutrina chama, de forma indiscriminada, processo principal.

Galeno LACERDA assevera que, apesar das cautelas de ofício em regra

regulamentação fora do livro III” (AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Síntese informativa do processo cautelar*. Ob. cit., p. 49).

²⁰³ ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*. Ob. cit., p. 504.

²⁰⁴ Para ele, o interesse que move o indivíduo a requerer judicialmente um provimento cautelar nem sempre vem acompanhado de um ‘direito substancial de cautela’ (muito embora reconheça a sua existência em alguns casos). Em suas palavras, ensina que “a esse interesse, material ou processual, subjacente às pretensões de segurança, não corresponde necessariamente a existência

serem decretadas incidentalmente ao processo a que se relacionam, há “situações raras e graves em que a lei chega ao ponto de prescrever ao juiz a própria incoação de-ofício de procedimento judicial-administrativo em nossa ordem jurídica, pois ela admite, até, a incoação judicial de procedimentos jurisdicionais, como ocorre com as contravenções penais [ressalta-se que esse exemplo não mais vigora no ordenamento brasileiro] (...), e, também, de modo expresse, com o procedimento administrativo do inventário, na hipótese do art. 989.”²⁰⁵

De igual modo, Alcides MUNHOZ DA CUNHA sustenta a possibilidade (para além da clássica decretação incidental) de concessão *ex officio* de medidas cautelares, com o objetivo de que seja instaurado judicialmente um procedimento administrativo que se volte à tutela de interesses submetidos por lei à fiscalização judicial. Para ele, “essas cautelas administrativas tendem a garantir diretamente interesses materiais que por razões de política legislativa, em face da relevância social dos interesses, foram submetidas ao poder de polícia do juiz, que então promove a compatibilização dos interesses individuais com os interesses fundamentais, sociais, coletivos.”²⁰⁶

Em suma, pode-se seguramente dizer que, não obstante a visão adotada pelos processualistas a respeito das medidas cautelares de ofício, o critério fundamental por eles utilizado para determinar o momento da possibilidade de sua decretação liga-se, antes de tudo, à sua concepção de princípio da demanda e à influência por eles atribuída a este princípio da construção do sistema processual.

5.5 – QUESTÕES PROCESSUAIS DA TUTELA CAUTELAR DE OFÍCIO

5.5.1 – Responsabilidade pela tutela cautelar de ofício

dos direitos subjetivos concomitantes” (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 56).

²⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 115-116.

²⁰⁶ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 542.

5.5.1.1 – Considerações gerais a respeito da responsabilidade em procedimento cautelar

O artigo 811 do Código de Processo Civil preceitua:

Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I – se a sentença do processo principal lhe for desfavorável;

II – se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III – se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

IV – se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

Da leitura desse dispositivo legal conclui-se, sem qualquer dúvida, que a responsabilidade por ele contemplada é objetiva. Egas MONIZ DE ARAGÃO aponta que o Código de Processo Civil de 1939 igualmente previu casos de responsabilidade em razão de prejuízos decorrentes de provimento cautelar, “mas com esta diferença: a responsabilidade nele estabelecida era basicamente subjetiva (art. 688)²⁰⁷, salvo no

²⁰⁷ Preceituava o artigo 688 – “A responsabilidade do vencido regular-se-á pelos art. 68 e 64. Parágrafo único – A parte que, maliciosamente ou por erro grosseiro, promover medida preventiva, responderá também pelos prejuízos que causar”. Os mencionados artigos 63 e 64 dispunham, respectivamente: “Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado intencionalmente a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado. §1º - Quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado causa. § 2º - Quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas. §3º - Se a temeridade ou malícia for imputável ao procurador, o juiz levará a conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior”. O artigo 64, por sua vez, determina: “A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que for aplicável, o disposto no art. 55. §1º

caso previsto em seu art. 677 (correspondente ao disposto no art. 808, I, do atual), ao passo que neste (no Código de Processo Civil de 1973) é sempre objetiva, pois não está subordinada em caso algum (como no anterior estava) a ‘malícia’ ou ‘erro grosseiro’ do requerente; independe de culpa, portanto.”²⁰⁸

Muito embora inexista discussão na doutrina quanto à natureza objetiva da responsabilidade prevista pelo artigo ora em comento, há que se ressaltar que tal responsabilidade não tem o condão de excluir a prevista no artigo 16 do Código de Processo Civil, de cunho subjetivo. Nesse sentido, Sydney SANCHES é claro ao afirmar que o artigo 811 trata de “...responsabilidade objetiva, pois não exclui aquela decorrente do disposto no art. 16, segundo o qual responde por perdas e danos aquele que pleitear de má fé como autor. Má fé que se considera caracterizada nas hipóteses do art. 17. E responsabilidade que abrange todos os prejuízos, inclusive honorários advocatícios e despesas efetuadas pela outra parte, segundo o art. 18.”²⁰⁹

Conforme acima exposto, o inciso I do artigo 811 remete à hipótese em que a responsabilidade do requerente da medida cautelar se dá em virtude de sentença que lhe é desfavorável no processo principal.

Em primeiro lugar, calha mencionar que a sentença à qual se refere esse dispositivo pode tanto ser terminativa e, portanto, não adentrar no mérito da causa, como pode ser definitiva e importar em um efetivo exame do mérito da questão.

Em segundo lugar, impera que se note um lapso do legislador na redação desse inciso, cujo “...exame revela, desde logo, uma omissão do legislador, que, tendo regulado a responsabilidade do requerente que, obtendo a medida cautelar sob forma de liminar, venha a ter sentença desfavorável no processo principal, omitiu uma disciplina correspondente para o caso de lhe ter igualmente sido outorgada a medida liminar, depois cassada pela sentença cautelar final.”²¹⁰ Em outras palavras, a redação do artigo 811 silencia acerca da possibilidade da medida cautelar ser concedida

- Os honorários serão fixados na própria sentença, que os arbitrará com moderação e motivadamente. §2º - Se a sentença se basear em fato ou direito superveniente, o juiz levará em conta essa circunstância para o efeito da condenação nas custas e nos honorários”.

²⁰⁸ ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*. Ob. cit., p. 534-535.

²⁰⁹ SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz*. Ob. cit., p. 87.

liminarmente e, em um segundo momento, ser revogada, extinguindo-se o processo cautelar com uma sentença de improcedência do pedido. Diante dessa omissão, é natural que se indague a respeito da existência ou inexistência de responsabilidade em situação semelhante.

Na tentativa de oferecer uma resposta adequada para tal questionamento, são identificados diferentes posicionamentos doutrinários. Humberto THEODORO JÚNIOR, por exemplo, vale-se de uma interpretação marcadamente legalista para solucionar a questão.

A inclusão isolada do caso de decadência e prescrição no art. 811, autoriza a conclusão de que apenas nesse caso a sentença cautelar revogatória autoriza a pretensão de indenização. Isto é, a sentença proferida na própria ação cautelar, após a *summaria cognitio* (art. 803), mesmo que dê pela improcedência da ação e cancele a medida já executada, só ensejará, por si mesma, a obrigação de indenizar quando enfrentar também o mérito da causa acolhendo a exceção de prescrição ou decadência do direito do autor.

Diante, porém, dos termos em que o Código colocou o problema, impõe-se admitir que, em regra, a responsabilidade civil promana não da improcedência da ação cautelar, mas do julgamento final da ação de mérito em favor do promovente da medida preventiva.

E, sendo assim, cancelada a medida liminar, haverá de aguardar-se a sentença de mérito. Se esta não favorecer ao autor da ação cautelar, assumirá ele o dever legal de indenizar. Caso contrário, inexistirá a responsabilidade objetiva do art. 811, mesmo que a ação cautelar tenha sido, a seu tempo, julgada improcedente.²¹¹

Esse também é o entendimento adotado por Sydney SANCHES, para quem a responsabilidade objetiva do art. 811 não deve ser interpretada ampliativamente.²¹²

Egas MONIZ DE ARAGÃO, por outro lado, oferece distinta solução para o problema. De início, coloca a hipótese em que, a despeito da obtenção da medida preparatória, seu beneficiário não propõe a ação principal. Nesse caso, assevera que a responsabilidade terá que ser examinada somente em face do processo cautelar, por não existir o principal. Essa conclusão demonstra que, para o processualista paranaense, é possível que a obrigação de indenizar se vincule exclusivamente ao

²¹⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Ob. cit., p. 208.

²¹¹ THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 176.

processo cautelar, em desconformidade com a tese sustentada por Humberto THEODORO JÚNIOR (segundo quem, lembre-se, tal situação somente se operaria em caso de prescrição e decadência).

Ademais disso, considera também o caso em que a sentença do processo cautelar, em que houve concessão da medida liminar, reconhece a improcedência do pedido.²¹³ Segundo ele, a resposta para a questão da responsabilidade nesse caso é armada com fundamentos fornecidos pelo próprio artigo 811, cuja proposição central é esta: “...o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida”. Desse modo, conclui que “os incisos especificam casos em que essa responsabilidade incide automaticamente, mas não parece que se trate de enumeração taxativa (*numerus clausus*) tampouco de condições (aquilo que permite à causa produzir seus efeitos). Não parece ser sua intenção, nem ontológica, nem teleologicamente.”²¹⁴

Luiz Guilherme MARINONI assevera que, à primeira vista, a omissão do legislador no que se refere ao inciso I do artigo 811 poderia ser suprida pelo próprio julgador, não apenas porque as hipóteses trazidas nesse artigo não são *numerus clausus*, como também pela imprescindibilidade da responsabilização do vencido no processo cautelar. No entanto, observa que “...não pode haver dever de indenizar como resultado direto de sentença de improcedência proferida em processo cautelar; neste caso, seria necessária não somente uma ação de liquidação de obrigação, mas uma verdadeira ação autônoma de reparação de dano, com possibilidade de ampla cognição sobre a existência da causa da medida cautelar”.²¹⁵

Ovídio BAPTISTA DA SILVA, a seu turno, reconhece no Código de Processo Civil uma absoluta equiparação entre o tratamento dado às execuções

²¹² SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro*. Ob. cit., p. 90

²¹³ ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*. Ob. cit., p. 537.

²¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 538.

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994, p. 78.

provisórias de sentença e a denominada, pela lei, “execução da medida cautelar.”²¹⁶ Destarte, assinala que “...a hipótese ignorada pelo legislador é aquela em que a responsabilidade por perdas e danos seria mais lógica e, sob o ponto de vista jurídico, mais legítima, dado que a liminar cautelar é uma forma de execução provisória da sentença cautelar e, como tal, poderia perfeitamente submeter-se ao tratamento que o legislador oferece para as execuções provisórias (art. 588, I, do Código de Processo Civil).”²¹⁷ Em um momento posterior, relaciona o dever de indenizar previsto no artigo 811 ao chamado ‘efeito anexo da sentença’.

O dever de indenizar passou a ser o que PONTES DE MIRANDA denomina [efeito anexo] da sentença (*Tratado das ações*, v. 1, p. 231) proferida no processo principal, enquanto resultado inexorável pela mesma produzido, sem que seja necessário, quanto a ele, pedido expresso do autor nem manifestação sentencial que contenha declaração sobre esse dever de indenizar e, menos ainda, necessidade de o juiz condenar, na sentença com que julga o processo principal, a parte que obtivera a medida cautelar, se tal sentença lhe for desfavorável.²¹⁸

No mesmo sentido, há que se mencionar a opinião exarada por PONTES DE MIRANDA, para quem também haverá dever de indenizar se a medida cautelar liminarmente concedida for revogada ou modificada. Isso porque, segundo ele, “não se faz referência a revogação ou modificação da medida cautelar (art. 807), inclusive, obviamente, se foi acolhido recurso contra a decisão deferente, de que resultou a

²¹⁶ Em sentido contrário, PONTES DE MIRANDA assevera que “execução provisória não é medida cautelar. a execução provisória dos arts. 587, 2ª parte, e 588 não é *medida cautelar*. Os que discordam disso confundem provisoriedade e cautelaridade. Se da execução provisória resultam danos ao executado, rege a indenização o art. 588, I, que, segundo mostramos, é fundado na responsabilidade objetiva. Tratando-se de danos causados por medida cautelar, o art. 588, I, não pode ser invocado, como seria sem pertinência, a respeito dos danos causados pela execução provisória, citar-se o art. 811” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 99-100). No entanto, cabe mencionar que Ovídio BAPTISTA DA SILVA, ao fazer tal equiparação, ressalva que essa identidade de tratamento se justifica se for levada em conta a natureza antecipatória, e portanto satisfativa, que o legislador e boa parte da doutrina atribuem às medidas cautelares. “Sob o ponto de vista da doutrina em que se inspiraram os redatores de nosso Código, é impossível distinguir *execução urgente* – que se configure numa medida liminar – e *provisório cautelar*. Compreende-se, portanto, a assimilação destas duas categorias e a identidade de tratamento, quanto ao dever de indenizar, dispensado pelo Código à execução provisória e à ‘execução’ das medidas cautelares. A doutrina não consegue distinguir uma de outra” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Ob. cit., p. 209).

²¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 209.

²¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 210.

execução da medida. Não se poderia interpretar o art. 811 de outro modo, a despeito da falha do texto.”²¹⁹

Outra questão abordada, diz respeito à possibilidade de o executante da medida cautelar ser sucumbente em virtude de *ius novum*, que tenha tornado ilegítima a pretensão que vinha sendo assegurada pelo provimento cautelar. Diante desse quadro, é caso de se indagar: deverá, mesmo assim, indenizar eventuais prejuízos sofridos pelo destinatário da medida?

Conforme ensina Egas MONIZ DE ARAGÃO, o Código de Processo Civil português traz a solução para o caso. Isso porque, dispõe o referido diploma legal que o encargo pelas custas processuais recairá sobre ambas as partes, cada qual no período em que exerceu uma atividade injustificada (artigo 450). Assim sendo, se o *ius novum* tornar a pretensão tutelada pelo provimento cautelar ilegítima, a partir desse momento é que serão apuradas as perdas e os danos.²²⁰

De forma semelhante, Luiz Guilherme MARINONI enfatiza que “...o surgimento de *ius novum* pode fazer com que uma medida, a partir de determinado momento, deixe de ser justificada. Neste caso o requerente somente deve responder por perdas e danos a partir do instante em que a medida tornou-se injustificada. A melhor doutrina, aliás, para demonstrar tal conclusão, lança mão de dispositivo que regula a responsabilidade pelas custas do processo no direito português.”²²¹

O inciso II do dispositivo que ora se examina trata da hipótese contemplada pelo artigo 804 do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de concessão liminar *inaudita altera parte* de medida cautelar, mas determina que o requerente promova a citação do requerido no prazo de cinco dias. Antes de mais nada, há que se

²¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 98.

²²⁰ ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*. Ob. cit., p. 539. Da mesma forma, para o direito alemão, salienta Fritz BAUR que “todavia, são ressarcíveis apenas danos que se originaram da situação de sacrifício. Se a situação de sacrifício deixa de existir em virtude de eventos posteriores que daí em diante justifiquem a medida temporária, também deixa de existir fundamento para a obrigação de ressarcimento” (BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 178).

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Ob. cit., p.78.

apontar que apenas em algumas situações, de marcada excepcionalidade, o Código de Processo Civil permite a postergação do contraditório, autorizando, desde logo, a efetivação de decisão tomada sem a prévia ouvida da parte contrária. Tais situações restringem-se aos casos em que o direito tutelado depende de provimento imediato ou, ainda, quando se tem em vista o objetivo de não colocar o réu em condições de prejudicar a eficácia prática do próprio provimento. Desse modo, conclui-se que a concessão de liminar sem a ouvida do réu, por representar excessiva ingerência na esfera jurídica de seu destinatário, só pode ser admitida quando manifestamente indispensável.

Ademais, importa mencionar que, nesses casos, deve o juiz proceder a um juízo de probabilidade, através do qual possa mensurar em que grau a não concessão da liminar lesionará o direito invocado pelo autor. “O grau de probabilidade a ser exigido deverá ser tanto menor quanto maior for o valor jurídico do bem a ser tutelado.”²²² Nesse contexto, ao réu deve ser permitido demonstrar, o quanto antes, a inexistência dos fundamentos que autorizaram a concessão da liminar.

Por outro lado, nota-se que o autor do procedimento cautelar se vê obrigado a *promover e não a efetivar* a citação do réu em cinco dias. Quando falha em sua tarefa, responde por perdas e danos, ainda que o processo cautelar e principal lhe tenham sido favoráveis.

Com efeito, a concessão de medida liminar sem a prévia audiência da parte ré consiste, por si só, em uma excepcional violação ao princípio do contraditório, mas o fato de o réu não ser citado dentro do prazo legal previsto torna tal violação demasiadamente grave.

O art. 805 do Código de Processo Civil, como se sabe, permite ao réu requerer a substituição da medida efetivada pela prestação de caução, sempre que esta seja adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente. Ora, a intempestividade da citação, ao impedir o réu de requerer a substituição da medida efetivada por outra menos gravosa, pode causar dano grave, pelo qual o requerente da medida obviamente terá que responder.²²³

²²² *Idem, ibidem*, p. 79.

O inciso III do artigo 811 remete aos casos expostos no artigo 808 (cessação dos efeitos do provimento cautelar), quais sejam: se a parte não ajuizar a ação principal no prazo de trinta dias a partir da execução da medida, se a medida não for executada em trinta dias e se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

O inciso I do artigo 808 se dirige à hipótese em que o beneficiário de provimento cautelar pleiteado em procedimento preparatório, em desrespeito ao estabelecido no artigo 806 do Código de Processo Civil, não ajuíza a respectiva ação principal no prazo de trinta dias contados da efetivação da medida. A respeito do tema, observa Edson RIBAS MALACHINI:

*a mens legis é clara: não se poderia tolerar que, invadida a esfera jurídica do requerido com a efetivação (i.e., com a execução) da medida, deferida *initio litis*, pudesse o requerente protelar a propositura da ação principal (em que, aí sim, se verificará realmente a existência de seu alegado direito) até que tal medida fosse confirmada em sentença final no processo cautelar (sujeita, ademais, a recurso).²²⁴*

A grande polêmica que persegue esse dispositivo diz respeito ao início da contagem do prazo de trinta dias. Galeno LACERDA vislumbra quatro possíveis interpretações aptas a solucionar o problema. Segundo o mestre gaúcho, pode-se entender que o ato processual que torna a medida efetiva seja: 1- a intimação da decisão, 2- o cumprimento do mandado pelo oficial de justiça, 3- a juntada do mandado cumprido (ou do respectivo auto ou, ainda, da eventual precatória), 4- a intimação da juntada do mandado cumprido aos autos do processo.

Quanto à primeira possibilidade – intimação da decisão concessiva do provimento cautelar -, Galeno LACERDA, desde logo, preocupa-se em afastá-la. Aponta que a solução adotada pelo artigo 382 do Código português, no sentido de que o prazo é contado a partir da data em que o requerente é notificado da decisão, revela-se absolutamente incompatível com a direção tomada pelo Código de Processo Civil

²²³ *Idem, ibidem*, p. 81.

²²⁴ MALACHINI, Edson Ribas. “Cessação da eficácia da medida cautelar e extinção do processo”. *Revista de processo*. N. 89. São Paulo: RT, jan-mar/98, p. 11.

brasileiro, haja vista a expressa menção feita pelo legislador pátrio à *efetivação* da medida.²²⁵

Por outro lado, ao se aceitar a segunda hipótese mencionada, tem-se que o prazo deve ser contado a partir da data em que a medida foi efetivada. Alguns autores se filiam a tal entendimento por atribuírem especial relevância ao fato de que o prazo de trinta dias estabelecido é uma forma de proteção ao réu, a quem interessa a propositura da ação principal (momento em que contará com uma cognição mais ampla). Em assim sendo, o prazo necessariamente deve iniciar com a efetivação da medida, pois é essa que provoca uma real interferência na esfera jurídica do requerido.

Conforme expõe Luiz Guilherme MARINONI, “no entendimento de Calmon de Passos cumpre ao autor estar atento à efetivação da medida, porquanto desse ato ele não terá ciência e, entretanto, com ele se iniciará o curso do prazo que tem para ajuizar a ação principal.”²²⁶ Semelhante é a opinião firmada por Humberto THEODORO JÚNIOR, que afirma iniciar a contagem do prazo “...não da decisão que defere a medida, mas da data de sua efetivação, conforme faz claro o citado art. 806.”²²⁷

Galeno LACERDA, a seu turno, sustenta que o início da contagem do prazo a partir da efetivação da medida é absolutamente inaceitável, face à ausência de um elemento fundamental, qual seja, *a certeza quanto à ciência por parte do autor*. Como justificativa de seu posicionamento, invoca o disposto no parágrafo único, inciso II do artigo 802, em combinação com o inciso II do artigo 811, dos quais decorre a inafastável conclusão de que a ciência do réu é imprescindível para que inicie o prazo de contestação. Desse modo, “por decorrência, dentro do sistema, idêntica solução comporta o problema do termo inicial para o autor em relação ao prazo do art. 806. A necessidade de ciência da execução da mandado ainda se faz mais evidente nas hipóteses de precatória e de justiça gratuita”.²²⁸

Em um terceiro momento, Galeno LACERDA traz a possibilidade de se

²²⁵ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 384.

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Ob. cit., p. 80.

²²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. Ob. cit., p. 143.

²²⁸ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 384.

tomar como termo inicial do prazo a data da juntada do mandado cumprido (ou do respectivo auto ou da eventual precatória cumprida).

Na quarta e última hipótese ventilada por Galeno LACERDA, tem-se como início do prazo a data da intimação da efetivação da medida ao requerente.

Com relação às duas últimas hipóteses mencionadas, impera seja feita uma breve exposição de seu pensamento. Para o mestre gaúcho, a data de início da contagem do prazo pode ser tanto a da juntada aos autos do mandado cumprido (ou seja, a terceira hipótese mencionada), como a da intimação do requerente sobre a referida juntada. A solução de cada caso dependerá da existência ou não de ciência por parte do autor sobre a efetivação da medida.

Com efeito, se o autor teve ciência da efetivação da medida porque, *v. g.*, veio a pagar as custas do oficial de justiça após o cumprimento do mandado, o prazo correrá a partir da respectiva juntada. Contudo, “se esse pagamento não se realizou porque o interessado usufruía, *p. ex.*, da justiça gratuita ou porque antecipado o pagamento das custas (nas precatórias, *p. ex.*) ou por qualquer outro motivo, a fluência correrá não da data da juntada, mas da intimação conseqüente”.²²⁹

Ovídio BAPTISTA DA SILVA, por outro lado, adota a quarta possibilidade colocada, eis que, segundo entende, “o prazo de trinta dias há de correr a partir do momento em que a parte toma ciência formal da juntada aos autos do mandado de execução da medida cautelar devidamente cumprida.”²³⁰ Adepto à opinião exarada pelo ilustre processualista gaúcho, Luiz Guilherme MARINONI assevera que, tendo em vista o gravame que pode resultar da inobservância desse prazo, “...parece correta a tese de que o prazo há de correr a partir do momento em que a parte toma ciência formal da juntada do mandado de efetivação da medida devidamente cumprida.”²³¹

Cabe também ressaltar que o prazo de trinta dias fluirá, ainda que a medida cautelar haja sido decretada por juiz incompetente, desde que, no entanto, tenha sido cumprida. Ademais disso, salienta-se que o referido prazo corre normalmente, mesmo

²²⁹ *Idem, ibidem*. Ob. cit., p. 384-385.

²³⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. Ob. cit., p. 189.

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Ob. cit., p.

se a execução do provimento se realizar apenas em parte.

O artigo 808, em seu inciso II, impõe a cessação da eficácia de medida cautelar quando não for executada no prazo de trinta dias. Desde logo, constata-se a existência de evidente discrepância entre tal dispositivo e a redação conferida ao *caput* do artigo 811, que expressamente vincula o dever de indenizar à *execução da medida*. Diante dessa manifestação de incoerência por parte do legislador, pergunta-se: deve-se entender que o caso contido no inciso II do artigo 808 efetivamente encerra uma hipótese de responsabilidade ou não?

Para Sydney SANCHES, “a incidência do n. II do art. 811, que alude à cessação de eficácia da medida em qualquer dos casos previstos no art. 808 parece não ocorrer na hipótese do n. II deste último dispositivo (art. 808), pois ali se trata exatamente de medida não executada.”²³²

Da mesma maneira, Humberto THEODORO JÚNIOR apregoa a inaplicabilidade do referido dispositivo legal aos casos de responsabilidade, porquanto a pretensão de ressarcimento do dano nessas situações “...tem por fundamento a **execução** da providência cautelar, como se lê no art. 811, *caput*” e, a seguir, complementa seu raciocínio ao frisar que, em tais circunstâncias, a “...cessação de eficácia decorre justamente da **falta de execução** da medida preventiva dentro em trinta dias. Falta, assim, o que indenizar.”²³³

Galeno LACERDA também figura entre aqueles que se inclinam a afirmar a exclusão do caso trazido pelo inciso II do artigo 808 do rol de hipóteses de responsabilização estampadas no artigo 811. Segundo seu convencimento, tal situação não enseja a pretensão de ressarcimento, porque o simples deferimento da medida, por si só, não tem o condão de causar dano. Em outras palavras, ensina que “...o ressarcimento exige prejuízo real oriundo da **execução** da medida, situação excluída pelo referido n.º II. Nesta hipótese, o máximo que poderá haver é a condenação do autor na sucumbência cautelar, se o réu tiver contratado advogado para defendê-lo”.²³⁴

²³² SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz*. Ob. cit., p. 87.

²³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. Ob. cit., p. 175.

²³⁴ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 437.

Embora, a princípio, manifeste-se em conformidade com tal entendimento (que, a propósito, conta com a adesão majoritária da doutrina), Luiz Guilherme MARINONI vai além ao indicar que há responsabilidade no caso em que o requerente da medida venha a efetivá-la após o prazo legal. Nesse passo, “há responsabilidade apenas quando o requerente efetiva medida concedida há mais de trinta dias, vale dizer, quando a medida é efetivada intempestivamente.”²³⁵

Para além dessa questão, Luiz Guilherme MARINONI se preocupa em acrescentar o fato de que incorrerá a cessação da eficácia do provimento cautelar, se sua efetivação não se operar no prazo legal, em razão de fato atribuível ao juiz ou à parte contrária. Em semelhante situação, propugna a incidência do inciso V do artigo 265, ou seja, acredita que deva ocorrer a suspensão do prazo para que a medida possa ser efetivada.²³⁶

Segundo dispõe o inciso III do artigo 808, cessam os efeitos da medida cautelar em virtude da extinção do processo principal, seja por meio de sentença de mérito, ou em razão de sentença terminativa. Trata-se de dispositivo legal cujo conteúdo revela visível incoerência lógica. Uma breve reflexão sobre seus termos leva a ponderações que, quando não demonstram sua inutilidade, exibem suas imperfeições: a possibilidade do processo principal vir a ser extinto em desfavor do autor da cautelar (seja por sentença de mérito, seja por sentença terminativa) já está contemplada pelo inciso I do artigo 811. Destarte, mostra-se inútil e repetitiva a previsão em exame. Por outro lado, o referido inciso III do artigo 808 parece, equivocadamente, querer indicar a deflagração do dever de indenizar ainda que o processo principal haja sido julgado em *favor* do requerente da medida cautelar. Sim, porque nesse caso todos os requisitos legalmente exigidos para a incidência da responsabilidade se verificam, vale dizer, houve extinção do processo principal e o réu da ação cautelar sofreu inegáveis prejuízos. Então, seria coerente, desde um ponto de

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Ob. cit., p. 87.

²³⁶ *Idem, ibidem*, p. 87. No mesmo sentido, confira-se BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Responsabilidade do requerente de medida cautelar ex-art. 808, n. III, do Código de Processo Civil”. *Revista de processo*. N. 29. São Paulo: RT, jan-mar/83.

vista lógico, afirmar que existe responsabilidade nessa situação? Uma interpretação sistemática do Código de Processo Civil e do Código Civil indica que não.

Com efeito, revelar-se-ia absolutamente inconsistente o entendimento de que àquele que venceu duas vezes (primeiro ao obter o provimento cautelar e, depois, ao ver reconhecida a procedência de seu pedido na ação principal) cabe o dever de indenizar os prejuízos sofridos por aquele a quem, nessas duas oportunidades, veio a derrotar. Tal posicionamento não apenas ofende à lógica e à coerência que presidem o sistema processual, como também fere o espírito norteador da legislação civil. O Código Civil, em seu artigo 188, inciso I, é expresso ao declarar não constituírem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido. Assim, resta inafastável a conclusão de que os eventuais prejuízos sofridos pelo destinatário da medida em semelhante situação não constituem danos passíveis de ensejar a responsabilização do autor da cautelar, porquanto os atos por esse praticados não podem ser qualificados como ilícitos.

Esse é o entendimento exarado por Galeno LACERDA ao sustentar que o inciso III do artigo 808 “...obrigará ao ressarcimento prescrito pelo art. 811, se a extinção for contrária ao autor, caso em que se confundirá, então, com o inciso I deste artigo. Se o autor vencer a causa principal, não incide, evidentemente, o art. 811, III.”²³⁷

Ovídio BAPTISTA DA SILVA vai ainda mais longe: para o mestre gaúcho, não só a extinção do processo principal em favor do autor da cautelar não deflagra o dever de indenizar, como também, em muitos casos, não tem o condão de acarretar a cessação da eficácia do provimento. Segundo suas próprias palavras “a medida cautelar deve perdurar enquanto não desaparecer o **estado perigoso** que a determinou. Se ela eventualmente há de ser revogada por ocasião da sentença final, isso se deve à circunstância de ter, em tal hipótese, ocorrido o afastamento do estado de periclitção do interesse protegido pela cautelar, com a própria sentença final do processo satisfativo.”²³⁸ A seguir, complementa seu raciocínio ao proclamar que “a perda da

²³⁷ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 437.

²³⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. Ob. cit., p. 193.

eficácia da medida cautelar, nas hipóteses do art. 808, III, é fruto de um equívoco. A cessação de eficácia da medida cautelar, em virtude da sentença final proferida na demanda satisfativa, dar-se-á apenas se a sentença for de rejeição do pedido, sentença de improcedência, ou uma daquelas a que a doutrina denomina de carência de ação.”²³⁹

Trilhando caminho semelhante ao adotado pelo insigne jurista riograndense, Victor MARINS defende a sobrevivência da eficácia da medida em certos casos, ainda que o processo principal haja sido extinto.

Se a sentença proferida no processo principal, passada em julgado, repele o pedido do autor, não haverá mais interesse na permanência da eficácia da medida provisória. Mas, julgada procedente a pretensão inicial na demanda satisfativa, é óbvio que não raro será imprescindível a manutenção dos efeitos da providência cautelar, visto como justamente nesta oportunidade é que ela se fará mais necessária para assegurar o êxito da atividade jurisdicional, com a entrega da prestação pleiteada. Os bens arrestados servirão à penhora na execução; o bem seqüestrado será entregue à parte vitoriosa na demanda reivindicatória; na busca e apreensão, igualmente, o bem será entregue à parte que a ele fizer jus na solução da lide satisfativa.²⁴⁰

O inciso IV do artigo 811 traz a última possibilidade de responsabilização pelos danos oriundos da execução de provimento cautelar. Segundo estabelece, deve o requerente da cautelar arcar com os prejuízos sofridos pelo destinatário da medida na hipótese em que o juiz declara a decadência ou a prescrição do direito que se pretende proteger.

Uma maior compreensão de tal situação exige que, desde logo, sejam feitas algumas considerações preliminares. De início, cabe ressaltar que só haverá dever de indenizar se a medida houver sido efetivamente executada e que desta execução tenham resultado danos ao requerido. Em segundo lugar, calha apontar que a obrigação de ressarcimento dos eventuais danos terá lugar tanto na hipótese da prescrição ou decadência terem sido reconhecidas no processo acautelatório, como no caso de haverem sido declaradas nos autos do processo principal. O que realmente importa é que haja danos decorrentes da execução da medida.

²³⁹ *Idem, ibidem*, p. 198.

²⁴⁰ MARINS, Victor A. A. Bonfim Marins. *Tutela cautelar...* Ob. cit., p. 332.

Nesse sentido, ressalta Luiz Guilherme MARINONI que o ajuizamento da ação cautelar pode, dependendo do caso concreto, interromper a prescrição ou evitar que se operem os efeitos da decadência. “Assim, o juiz deve decretar a decadência ou a prescrição apenas quando estas ocorrerem antes da propositura da ação cautelar, vale dizer, antes da entrega da petição inicial em cartório.”²⁴¹

Para Victor MARINS, a regra estampada nesse inciso infringe o sistema previsto pelo Código de Processo Civil para a tutela cautelar, cujo julgamento se restringe à apreciação do *fumus boni iuris*. Assim sendo, “ao declarar a decadência ou a prescrição, não estará o juiz atuando dentro da esfera cognitiva da aparência reservada ao julgamento do processo cautelar, cuja eficácia declaratória se circunscreve à **provável** existência ou inexistência do direito afirmado.”²⁴² Nesse passo, pensa tratar-se de pronunciamento típico do processo principal. Acrescenta, ainda, o fato de que, segundo estabelece o Código de Processo Civil em seu artigo 269, inciso IV, é de mérito a sentença que declara a prescrição ou a decadência de direito (capaz, portanto, de gerar coisa julgada material).²⁴³

Por fim, cabe fazer breve comentário quanto ao disposto no parágrafo único do artigo que ora se analisa. Se, porventura, o beneficiário de provimento cautelar incidir em qualquer uma das situações mencionadas no artigo 811, restará deflagrada sua responsabilidade objetiva e, por consequência, estará obrigado a indenizar eventuais prejuízos sofridos por seu adversário.

5.5.1.2 – Responsabilidade nas medidas cautelares de ofício

No que se refere à existência do dever de indenizar face à ocorrência de danos derivados da execução de medida cautelar *ex officio* por parte de seu beneficiário, a doutrina processual se inclina majoritariamente no sentido de afastar tal

88. ²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Ob. cit., p.

²⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 92.

²⁴² MARINS, Victor A. A. Bonfim. *Tutela cautelar...* Ob. cit., p. 388.

²⁴³ *Idem, ibidem*, p. 388

possibilidade. Tome-se, como exemplo, o entendimento exarado por Galeno LACERDA, para quem as medidas cautelares decretáveis de ofício não incidem nas hipóteses de responsabilidade objetiva esboçadas no artigo 811 do Código. Isso porque, “se o juiz entende de seu dever decretar diretamente a medida, os danos daí advindos não podem se suportados por quem não a requereu, salvo se este perder a demanda principal, condenado genericamente a perdas e danos, ou a repor o *status quo*. A responsabilidade, então, derivará da sentença, e não dos demais fatos previstos no art. 811.”²⁴⁴ Ou seja, para o mestre gaúcho, o beneficiário de provimento cautelar concedido de ofício só terá o dever de ressarcir os eventuais prejuízos sofridos por seu adversário no caso de haver sido condenado no respectivo processo principal (nesse sentido, enfatiza que a obrigação de indenizar não decorre da incidência de alguns dos casos previstos no artigo 811, mas da própria sentença condenatória).

Embora concorde que o entendimento manifestado por Galeno LACERDA deflúa, de fato, de uma interpretação lógica e sistemática dos dispositivos do Código de Processo Civil, Egas MONIZ DE ARAGÃO o descaracteriza como sendo a melhor solução para o caso. Em um primeiro momento, observa que a redação do *caput* do artigo 811 faz uso dos termos *requerente* e *requerido*. Por conta disso, “afigura-se pois excluída a hipótese de nela incorrer o *beneficiário* em face do *destinatário* da medida, independente de quem seja o requerente e requerido.”²⁴⁵ Desse modo, tem-se que, aparentemente, a responsabilidade não recairá sobre o beneficiário de medida cautelar concedida *ex officio* pelo juiz, ainda que essa venha a acarretar danos a seu destinatário. A partir do momento em que o juiz age de ofício, desaparece a figura do requerente e, por conseqüência, do requerido.²⁴⁶

Conforme previamente mencionado, Egas MONIZ DE ARAGÃO afirma que a interpretação da incidência de responsabilidade objetiva em caso de medida

²⁴⁴ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 435.

²⁴⁵ ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*. Ob. cit., p. 535.

²⁴⁶ Cabe aqui mencionar que, segundo leciona Egas MONIZ DE ARAGÃO, de acordo com uma interpretação literal do artigo 811, igualmente não seria responsabilizado objetivamente aquele que pleiteia a medida cautelar no bojo do processo dito principal, seja liminarmente, seja em seu curso. Isso porque o referido dispositivo legal fala expressamente em *procedimento cautelar* (que, no caso mencionado, inexistiria). *Idem, ibidem*, p. 536.

cautelar concedida de ofício não pode se dar dessa maneira.

Tal solução, que parece lógica, contudo não é, pois: a) a medida cautelar, assim a requerida como a que é decretada de ofício, pode sempre causar dano a quem é por ela afetado [não é possível eliminar a hipótese de nem ser o requerido (e sim um terceiro a quem lei faculta embargos)], que em um caso está acobertado ao passo que no outro ficará ao desamparo e, b) o objetivo dessa responsabilização não é impor uma pena mas reparar o dano e quando a lei prescreve o critério objetivo tem em vista preponderantemente a existência desse último.²⁴⁷

Ovídio BAPTISTA DA SILVA, a seu turno, sustenta que “...o efeito anexo condenatório do art. 811 não abrange a responsabilidade do vencido, quando as medidas ditas cautelares sejam decretadas *ex officio* pelo juiz”.²⁴⁸ Para além dos argumentos trazidos por Egas MONIZ DE ARAGÃO (os quais, pelo o que já foi visto, induziriam à equivocada conclusão acerca da inexistência do dever de indenizar em caso de medida cautelar de ofício), Ovídio BAPTISTA DA SILVA enfoca a expressão procedimento cautelar trazida pela lei. Com efeito, entende que o mencionado procedimento cautelar naturalmente quer significar a necessária existência de provocação da parte, excluindo, portanto, as medidas cautelares de ofício. Afirma que o dever de ressarcimento no caso de provimentos acautelatórios de concessão *ex officio* segue o regime comum. Os eventuais prejudicados devem comprovar, em demanda separada, tanto a existência do dano quanto a responsabilidade de quem houvesse efetivado a medida cautelar, “quer dizer, a declaração haveria de envolver a existência do dano e a responsabilidade do demandado, que não se teria formado como efeito anexo em virtude da simples existência da sentença proferida no processo principal.”²⁴⁹

Como decorrência imediata de tais considerações, surge a indagação a respeito da existência ou inexistência do dever de indenizar por parte do Estado quando da concessão de medidas cautelares *ex officio*. Ademais disso, perquire-se, também, sobre a responsabilidade subsidiária do magistrado em semelhantes casos.

²⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 536.

²⁴⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Ob. cit., p. 213.

²⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 214.

Como é sabido, o princípio da responsabilidade do Estado se firma inicialmente em relação aos atos praticados pelo Poder Executivo. Apenas em um segundo momento, é estendido aos atos do Poder Legislativo e Judiciário. No entanto, observa-se que as razões legitimadoras da responsabilidade do Estado – ao qual é proibido causar impunemente danos injustificados aos cidadãos - não são, para os três Poderes, as mesmas, porquanto os seus fundamentos variam conforme a natureza do ato e a autoridade de que emana.

Todavia, no que se refere especificamente aos atos praticados pelos magistrados no exercício da jurisdição em que foram investidos, Alfredo BUZAID sustenta que, “...pode-se dizer que os juízes são irresponsáveis nos seus julgamentos.”²⁵⁰ Segundo entende, isso se justifica porque os juízes, quando do “...exercício de sua função têm a liberdade de interpretar o direito e aplicá-lo ao caso concreto, não estando subordinados senão a regras legais e morais.”²⁵¹ Nesse sentido, “as divergências de exegese podem ser corrigidas pelo sistema de recursos; e se, exauridos todos os meios de impugnação, ainda assim subsistir na sentença erro de fato ou de direito insuscetível de ser reparado através da ação rescisória, este fenômeno deve ser levado à conta da natural falibilidade da criatura humana”.²⁵²

Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, o argumento de que os juízes têm que agir com independência no exercício das funções, sem o temor de que suas decisões possam vir a ensejar a responsabilidade estatal, não é válido na medida em que a referida independência conferida ao Judiciário é, em verdade, atributo inerente a cada um dos Poderes. Assim sendo, o mesmo temor de causar dano poderia, igualmente, pressionar o Executivo e o Legislativo.²⁵³

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXV, estabelece: “o Estado indenizará o condenado por erros judiciários, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.” Destarte, o dever do Estado de ressarcir eventuais

²⁵⁰ BUZAID, Alfredo. *Da responsabilidade do juiz*. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 9, ano III, janeiro-março de 1978, p. 16.

²⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 16.

²⁵² *Idem, ibidem*, p. 16.

prejuízos, na área criminal, em razão de “erros judiciários” consiste em imposição de patamar constitucional.

Além desse dispositivo legal, o Código de Processo Civil, em seu artigo 133, atribui ao juiz o dever de indenizar quando, no exercício de sua função, proceder com dolo ou fraude, ou, ainda, quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Com efeito, Hely LOPES MEIRELLES sustenta a existência de dever de indenizar por parte do Estado face à ocorrência de erros judiciários e enfatiza a responsabilidade subsidiária e pessoal do juiz em certas circunstâncias.

O ato judicial típico, que é a sentença, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, como dispõe a CF de 1988, em seu art. 5º, LXXV. Ficará, entretanto, o juiz individual e civilmente responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos expressos termos do art. 133 do Código de Processo Civil, cujo ressarcimento do que foi pago pelo Poder Público deverá ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado.²⁵⁴

Não obstante as referidas disposições legais que versam sobre a responsabilidade do Estado e do juiz diante de erros judiciários, a jurisprudência brasileira tem se manifestado no sentido de afastar o dever estatal de indenizar em virtude de atos jurisdicionais. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO lamenta tal situação porque, segundo acredita, “...podem existir erros flagrantes não só em decisões criminais, em relação às quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também nas áreas cível e trabalhista”.²⁵⁵ Por fim, assevera que as garantias de que se vale a magistratura pátria, previstas com o escopo de assegurar a independência do Poder Judiciário, “...produziram a falsa idéia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não reconhecida aos demais agentes públicos gerando o efeito oposto de liberar o Estado da responsabilidade pelos **danos injustos** causados

²⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. Ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 534.

²⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 592.

²⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Ob. cit., p. 535.

àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça”.²⁵⁶

Cabe, ainda, observar que o tema da responsabilidade do Estado em virtude de erros judiciários é matéria amplamente discutida tanto pela doutrina como pela jurisprudência. O cerne da questão parece residir em torno do conceito que se atribui à expressão erro judiciário. Parte da doutrina sustenta que a adoção de uma interpretação equivocada da lei por parte do juiz não implica o dever estatal de indenizar por não representar erro judiciário. Assim, apenas a constatação de dolo na atividade do juiz prejudicial ao indivíduo é passível de deflagrar não só o dever de ressarcimento estatal, como também a responsabilidade pessoal do magistrado. Na ótica de outros autores²⁵⁷, todavia, a expressão erro judiciário abarca não apenas deficiências no desempenho da atividade jurisdicional em razão de dolo ou fraude, como igualmente se estende a eventuais equívocos decorrentes da má interpretação do direito.²⁵⁸

É da mesma forma objeto de constantes debates (entre aqueles que afirmam a responsabilidade do Estado por atos judiciais) a natureza do dever de indenizar decorrente de erros judiciários. Alfredo BUZAID, v. g., sustenta que a responsabilidade estatal em tais casos é objetiva. Para ele, essa responsabilidade consiste em “...uma fórmula geral cujo fundamento está no **risco** que o Estado assume quando os seus funcionários, no exercício de suas atividades, causam dano ao patrimônio particular. O princípio que rege esta matéria é o da justiça distributiva, que tende a evitar qualquer dano injusto, o qual, sendo efetivado, deve ser equanimemente repartido por todos os membros da comunidade.”²⁵⁹ Outros autores, como João SENTO SÉ, propugnam por um sistema misto, em que se conjuga a responsabilidade

²⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 535.

²⁵⁷ Para Maria Silvia Zanella DI PIETRO, no que toca à responsabilidade do Estado por atos judiciais, “pode até ocorrer o caso em que o juiz tenha decidido com dolo ou culpa; não haveria como afastar a responsabilidade do Estado. Mas, mesmo em caso de inexistência de culpa ou dolo, poderia incidir essa responsabilidade, se comprovado o erro da decisão” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Ob. cit., p. 535).

²⁵⁸ Nesse sentido, Federico CARPI afirma que “na Espanha prevê-se a reparação do dano provocado por qualquer tipo de erro de fato ou de direito”. Por outro lado, a seguir assinala que o Direito italiano verte por uma interpretação mais restritiva acerca da responsabilidade estatal por atos judiciais. “O art. 643 do CPP italiano limita o erro judiciário à matéria penal e só mediante júízo de revisão” ().

²⁵⁹ BUZAID, Alfredo. *Da responsabilidade do juiz*. Ob. cit., p. 17.

do Estado por ato judicial por vezes subjetiva e em outros casos objetiva.²⁶⁰ Por fim, há aqueles que entendem que o Estado só responde por atos judiciais quando demonstrada a existência de dolo ou fraude na atividade do juiz. Tal foi a conclusão a que chegou o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 1ª Câmara Cível, ao julgar a Apelação Cível n. 165.036 (rel. Des. Andrade Junqueira), que tem a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Ato judicial – Decisão ilegal reformada por força de mandado de segurança – Ação contra o Poder Público visando ao ressarcimento de prejuízos sofridos – Inadmissibilidade na espécie – Carência decretada – Falta de prova de interesse oculto do magistrado, caracterizando dolo ou fraude – Aplicação dos arts. 15 e 159 do Código Civil e 121 do Código de Processo Civil.

O Estado não responde por prejuízos decorrentes de decisão ilegal do magistrado contra o qual não se provou interesse oculto, caracterizando dolo ou fraude.²⁶¹

Por outro lado, há que se sublinhar que responsabilidade do Estado e responsabilidade do juiz correspondem a situações essencialmente distintas. Assim, o dever de indenizar só recai sobre o magistrado nas situações em que a lei o especifica. “É que o magistrado não é funcionário público senão em sentido genérico e impróprio; a sua condição jurídica é a de órgão de um poder do Estado e como este poder não pratica, em princípio, **ato espoliativo**, prescreveu a lei a responsabilidade do juiz só quando, por dolo, fraude ou culpa, denega justiça”.²⁶²

Segundo assevera Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, o argumento de que o juiz não é funcionário público e, portanto, não pode ser responsabilizado pessoalmente pelos atos que pratica é inválido na medida em que, no direito brasileiro, ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional. Acrescenta, também, que, “ainda que se entendesse ser ele agente político, seria

²⁶⁰ “Tal responsabilidade pode decorrer da **culpa pessoal** do juiz, ou da **culpa anônima** do serviço judiciário, e pode também existir mesmo **sem culpa**” (SÉ, João Sento. “Responsabilidade civil do estado-juiz”. *Revista de direito público*. N. 82. São Paulo: RT, abr-jun/87, p. 140). No entender do autor, a responsabilidade sem culpa da Administração Pública, por atos judiciais, ocorreria em casos em que o “dano resultar de uma reforma judiciária lícitamente executada mas que deixa a vítima numa condição especialmente desvantajosa em relação aos demais jurisdicionados” (ob. cit., p. 139).

²⁶¹ *Revista de direito público*. N. 13. São Paulo: RT, jul-set/1970, p. 237.

²⁶² *Idem, ibidem*, p. 17.

abrangido pela norma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que emprega precisamente o vocábulo **agente** para abranger todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado.”²⁶³

No que interessa especificamente à responsabilidade pessoal do juiz, Alfredo BUZAID se preocupa em separar a responsabilidade fundada em culpa, da lastreada em dolo ou fraude. No primeiro caso – em que o dano decorre de recusa, omissão ou retardamento jurisdicional, sem justo motivo, de providência que deveria ter sido ordenada de ofício ou a requerimento da parte – pode parecer, à primeira vista, que o dano é consequência direta e imediata do dever de administrar justiça. Esse entendimento, contudo, é inexato. Isso porque, segundo acredita o eminente processualista, “destes fatos não se pode inferir necessariamente o prejuízo, porque a parte, que se beneficiou do ato ilícito do juiz, pode ser condenada a compor os danos mediante a atualização de valores e de pagamento de juros. Neste caso, suporta a parte o prejuízo resultante da recusa, omissão ou retardamento, ficando o juiz isento da responsabilidade civil, por não ser legítimo que o litigante lesado receba **duas** indenizações quando só tem direito a uma.”²⁶⁴

No segundo caso – sentença que se reputa eivada de dolo ou de fraude – cumpre indagar se a parte lesada tem o dever de impugnar a decisão jurisdicional viciada, fazendo uso de todos os recursos ordinários cabíveis. Na opinião de Alfredo BUZAID, “ao que parece, a lei não requer, como condição para propor ação civil de responsabilidade, que a parte utilize todos os recursos legais.”²⁶⁵ Pode ocorrer, em alguns casos, que a parte se veja impossibilitada de prosseguir no processo com esperança de êxito. “Suponha-se que o juiz tenha subtraído dos autos documento básico, sem o qual a parte não poderá, de modo algum, fazer valer as suas razões. Será lícito constranger aquele que foi vencido a tentar obter a reforma da sentença, se isso é impossível sem o documento de que está privado?”.²⁶⁶

Diante desse quadro e tendo-se bem claro que a questão da responsabilidade

²⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Ob. cit., p. 534.

²⁶⁴ BUZAID, Alfredo. *Da responsabilidade do juiz*. Ob. cit., p. 35.

²⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 35.

²⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 35.

do Estado por atos jurisdicionais é alvo de acirrada polêmica doutrinária e jurisprudencial, entende-se a dificuldade que é inerente ao tema da responsabilidade judicial decorrente da concessão *ex officio* de medidas cautelares. Dependendo das contingências de cada situação concreta é que poderá ser aferida a existência de responsabilidade do Estado e, também, a do magistrado.

No que toca ao universo das medidas de urgência (onde, como é sabido, se inserem as cautelares), aponta Federico CARPI que na Itália, assim como em muitos países europeus, assumem grande importância as questões pertinentes a essa forma de tutela. Para ele, “quanto mais ineficiente o processo de cognição de rito ordinário, tanto mais se expande a tutela de urgência.”²⁶⁷ Nesse contexto, ressalta que “os poderes do juiz são muito acentuados na matéria, com a possibilidade de incidir verdadeiramente sobre a tutela dos direitos e sobre as situações de grande relevância econômica e social.”²⁶⁸ Assim sendo, é natural que se exija do magistrado redobrada cautela quando diante de um pedido de tutela de urgência (para além dos requisitos tradicionais que se impõem para a concessão de tais provimentos, deve o juiz estar sempre atento para a questão da reversibilidade daquilo que decide).

Quanto à concessão de medidas cautelares de ofício, existem duas situações que devem ser vislumbradas: em primeiro lugar, há que se invocar as medidas cautelares *ex officio* expressamente previstas em lei. Para essas situações, haverá dever de indenizar no caso do juiz se recusar ou se omitir, ou, ainda, na hipótese de retardar a concessão de medidas exigidas por lei. É claro que tais faltas também podem vir a decorrer de um agir jurisdicional pautado pelo dolo ou pela fraude.

Em segundo lugar, cabe atentar para a possibilidade defendida por alguns autores do magistrado decretar de ofício medidas cautelares em situações excepcionais. Em semelhante circunstância a responsabilidade pessoal do juiz pode derivar não só de um agir comissivo ou pautado pela negligência, como também de uma conduta ativa, no sentido de conceder, dolosa ou fraudulentamente, um provimento cautelar não pleiteado pelas partes.

²⁶⁷ CARPI, Federico. *A responsabilidade do juiz*. Ob. cit., p. 125.

²⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 125

Em ambos os casos apontados, para além da responsabilidade estatal, figura a responsabilidade pessoal do juiz, contra quem o Estado não só pode como deve dirigir sua pretensão de ressarcimento, por via de ação regressiva.

5.5.2 - Procedimento da tutela cautelar de ofício

5.5.2.1 - Autuação das medidas cautelares de ofício

O artigo 809 do Código de Processo Civil estabelece: “Os autos do procedimento cautelar serão apensados aos do processo principal.” Da leitura desse dispositivo legal, conclui-se com facilidade que o procedimento cautelar é veiculado por via de autos próprios, independentes aos do processo principal. Nesse sentido, a doutrina processual é pacífica em sustentar que o conjunto de atos processuais que compõem o procedimento cautelar devem ser materializados em autos autônomos ao processo principal, seja hipótese de cautelar incidental, seja o caso de cautelar preparatória. Como bem aponta Humberto THEODORO JÚNIOR, “o processo cautelar tem objeto e rito próprios. Seja incidente ou antecedente, nominada ou inominada, a medida cautelar dá sempre lugar a autuação própria, devendo os respectivos autos serem apensados aos da ação principal.”²⁶⁹

De idêntica forma, Ovídio BAPTISTA DA SILVA assevera que “...sendo embora dependente, o procedimento cautelar é autônomo sob o ponto de vista do procedimento, de modo a constituir uma relação distinta e inconfundível com a relação processual formada pela lide principal. Estes princípios que se podem extrair com segurança do art. 796 vêm confirmados pelo art. 809 do Código, que expressamente alude aos autos do processo principal. Logo, a ação cautelar deverá tramitar em autos próprios.”²⁷⁰

Destarte, como resultado da combinação entre os princípios da dependência teleológica e da autonomia procedimental, os quais presidem as cautelares

²⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. Ob. cit., p. 119.

²⁷⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Ob. cit. p. 122.

preparatórias e incidentais, tem-se que todas as ações destas classes deverão ser propostas por meio de uma petição inicial própria e independente da petição inicial da ação principal. A ação cautelar, nesses casos, deve submeter-se à autuação e distribuição regulares, como ocorre com qualquer outra ação, tomando-se, contudo, o cuidado de apensar os autos que lhe correspondem aos autos do processo principal.

A quebra desta norma, sob a alegação de que a duplicidade de demandas, uma principal e cautelar a outra, tramitando simultaneamente, seria uma demasia inconciliável com o princípio da economia processual, imagina que a inserção de uma demanda cautelar na mesma petição inicial da ação satisfativa (principal) pudesse resultar em vantagens quanto à celeridade dos respectivos procedimentos, sem sérios inconvenientes ao natural desenvolvimento de cada uma dessas demandas e, o que é mais importante, sem grave violência ao direito de defesa do demandado.²⁷¹

Vale dizer, mesmo quando a medida cautelar é incidental, não se deve admitir que seja pleiteada cumuladamente com a pretensão de direito material, na petição inicial da ação satisfativa. Os ritos processuais que cada uma dessas pretensões, uma vez deduzidas em juízo, deverão seguir, são inconciliáveis, de modo que o correto é formular, sempre, o pedido cautelar em petição à parte, de forma que venha a ser autuado e processado em apenso.²⁷²

Todavia, Ovídio BAPTISTA DA SILVA observa que esse raciocínio se aplica apenas quando se trate de autênticas ações cautelares, mas não se impõe necessariamente quando for o caso de liminares antecipatórias de eventuais efeitos da sentença de procedência do processo principal.²⁷³ Ocorre que as referidas espécies de tutela de urgência “...por consistirem em medidas antecipatórias da sentença de procedência da demanda principal, a esta pertencem, como atos que lhe são próprios. Aqui, como se dá com todas as liminares deste tipo – tal como ocorre com as liminares possessórias de nossos interditos, ou com a liminar em mandado de segurança –, a

²⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 122-123.

²⁷² Tal é o posicionamento defendido por Humberto THEODORO JÚNIOR (*Processo cautelar*. Ob. cit., p. 119.)

²⁷³ Ovídio BAPTISTA DA SILVA preocupa-se em salientar que após a introdução das chamadas antecipações de tutela pelos artigos 273, 461 e 461-A, as referidas medidas de urgência não devem mais ser outorgadas pela via do processo cautelar. (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Ob. cit., p. 122).

reunião dos dois pedidos numa única petição inicial é não só possível como legítima.”²⁷⁴

Não obstante essa consideração, no que se refere às medidas genuinamente cautelares, afirma que a cumulação, num mesmo procedimento, de uma ação cautelar e outra principal oferece, indubitavelmente, muito mais inconvenientes do que vantagens.²⁷⁵

Naquilo que pertine especificamente às medidas cautelares de ofício, Humberto THEODORO JÚNIOR enfatiza que os provimentos acautelatórios concedidos *ex officio* não são processo e, tampouco, ação. Um processo cautelar – que é essencialmente contencioso – só pode operar pelo binômio jurisdição e ação e jurisdição, em uma relação circular. Por outro lado, a medida cautelar que, segundo acredita o autor, volta-se apenas à preservação da utilidade do processo, pode, em circunstâncias excepcionais, ser decretada de ofício pelo juiz, sem pressuposto da ação e do processo cautelares.²⁷⁶

Dessa forma, conclui que, como em hipótese alguma o juiz pode iniciar uma relação processual de ofício, a excepcional faculdade do exercício da função cautelar *ex officio* deve integrar, *incidenter tantum*, os próprios autos do processo de conhecimento ou de execução onde tais medidas se tornaram necessárias. “Tais providências que carecem da qualidade de processo e ação, apresentam-se essencialmente como acessórias ao processo principal. Não devem sequer ensejar autuação apartada ou em apenso, mesmo porque faltaria a petição inicial para iniciar novos autos.”²⁷⁷

Em outras palavras, tem-se que, ao contrário do que se processa no campo das medidas cautelares obtidas por requerimento do interessado (que, como já apontado, não de ser necessariamente veiculadas em autos próprios, apenas apensos ao processo principal), os provimentos cautelares de ofício devem materializar-se nos

²⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 123.

²⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 123.

²⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. Ob. cit., p. 96.

²⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 98.

autos do processo principal, no bojo do qual se concretizam.²⁷⁸

Comunga de semelhante entendimento Ovídio BAPTISTA DA SILVA, para quem “as medidas contidas no art. 797 jamais poderão ser preparatórias ou antecedentes. Serão invariavelmente incidentes, e mais: são medidas do processo em que ocorrem, no sentido de que não integram uma lide cautelar especial, como acontece por exemplo, com as verdadeiras ações cautelares.”²⁷⁹ Com efeito, afirma que as medidas previstas pelo artigo 797 não contam com autonomia procedimental, mesmo porque, haja vista serem decretáveis de ofício, revelar-se-ia absolutamente incompreensível que o juiz antes de proferi-las formasse um processo cautelar acessório.²⁸⁰

Alcides MUNHOZ DA CUNHA, por sua vez, sustenta (conforme previamente mencionado) a impossibilidade de decretação *ex officio* de medida cautelar de natureza jurisdicional. Entretanto, no que diz respeito aos provimentos cautelares administrativos, entende ser possível não apenas a sua decretação incidental ao processo principal, como também acredita ser viável a sua concessão preparatória “...para a incoação de um procedimento administrativo pertinente aos interesses submetidos por lei à direta fiscalização judicial, pois, como diria CALVOSA, as cautelas administrativas visam suprimir as insuficiências da própria tutela normativa.”²⁸¹

Para Galeno LACERDA, a despeito de a regra geral indicar que as cautelas *ex officio*²⁸² são concedidas no curso de processo de qualquer natureza - jurisdicional, de conhecimento, de execução, cautelar; ou, ainda voluntário-administrativo – pode

²⁷⁸ Cabe ressaltar que, para Humberto THEODORO JÚNIOR, não existe a possibilidade de concessão *ex officio* de medidas cautelares preparatórias. Assim sendo, vislumbra apenas a hipótese de medidas cautelares que se operam internamente ao processo principal. É em relação à elas que se refere quando sustenta a tese esboçada no texto.

²⁷⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. Ob. cit., p. 97.

²⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 97.

²⁸¹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 541.

²⁸² Nesse sentido, importa enfatizar que, segundo ensina o mestre gaúcho, as medidas cautelares de ofício, porquanto consistam em ordens diretas, ditadas em autos em curso, sob o prisma processual são entendidas como mandados, precatórios e determinações e, em assim sendo, dispensam

haver situações em que a iniciativa do procedimento caiba também ao juiz, como sucede no juízo de menores e, também, como pode vir a ocorrer no juízo de família. Em tais casos, “...o documento inicial onde se corporifica a ordem deverá ser autuado, para processamento normal do ato, do respectivo cumprimento e eventuais incidentes posteriores”.²⁸³

Nessa linha, segundo asseveram os eminentes processualistas acima arrolados, para além da possibilidade de decretação *ex officio* de medidas cautelares incidentais ao processo principal (situação em que tais provimentos se materializam no curso do próprio processo principal, ao qual se vinculam instrumentalmente), é perfeitamente legítima a incoação, de ofício, de um procedimento cautelar. Nesse caso (conforme apontado por Galeno LACERDA), o documento no qual se concretiza a ordem judicial deve contar com atuação própria - o que, diga-se de passagem, não poderia dar-se de outra forma, visto tratar-se de cautelar preparatória em relação a um processo principal futuro, ou seja, ainda inexistente no momento da concessão da medida.

5.5.2.2 – O direito de resposta do prejudicado por medida cautelar de ofício

A análise do tema relativo à extensão do direito de resposta conferido ao destinatário de medida cautelar de ofício pressupõe que seja realizada, desde logo, uma distinção entre as medidas cautelares expressamente previstas em lei e aquelas concedidas extraordinariamente pelo juiz (como já se viu, há autores que sustentam essa possibilidade).

Naquilo que diz com o universo das medidas cautelares cuja concessão de ofício está expressamente prevista em lei, impera ressaltar que a existência ou inexistência de direito de resposta para aquele que foi prejudicado pelo provimento de urgência, bem como a extensão desse seu direito (quando legalmente autorizado),

a autuação própria prevista no artigo 809. (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 133).

²⁸³ *Idem, ibidem*, p. 133.

encontram-se na mais estreita dependência do procedimento legal previsto pelo Código. Em outras palavras, caberá ao destinatário da cautela *ex officio* o direito de se defender, nas hipóteses e nos moldes estipulados pelo dispositivo legal que impôs a concessão da medida ao magistrado.

Para uma maior compreensão do problema, tome-se a medida cautelar prevista no artigo 1001 do Código de Processo Civil que dispõe: “Aquele que se julgar preterido poderá demandar a sua admissão no inventário, requerendo-o antes da partilha. Ouvidas as partes no prazo de 10 (dez) dias, o juiz decidirá. Se não acolher o pedido, remeterá o requerente para os meios ordinários, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio.” Nessa situação, o Código não atribui ao inventariante (que é o destinatário da medida de ofício) o direito de contestar o referido provimento acautelatório de reserva de bens.²⁸⁴ Ou seja, o procedimento legalmente previsto para a operacionalização da cautela não dá espaço para que o destinatário da medida venha a se manifestar.

Da mesma forma, a medida cautelar *ex officio* prevista no artigo 1018 do Código não autoriza ao inventariante impugnar a reserva de bens, em seu nome, suficientes para pagar eventual credor do espólio (tampouco assiste os herdeiros com tal prerrogativa). Novamente, aponta-se que os eventuais prejudicados pela efetivação de medida cautelar de ofício poderão, sempre, recorrer à instância jurisdicional superior e pleitear que se proceda a uma revisão do ato judicial objeto de impugnação.

Sob outra perspectiva, quando a cautela de ofício houver sido concedida em circunstâncias extraordinárias pelo juiz – embora, como se saiba, deva ser veiculada por decisão fundamentada – impera proceda o magistrado à citação ou à intimação do prejudicado pela medida. Isso porque, assim como o provimento cautelar pode haver sido decretado *initio litis* e, portanto, *inaudita altera parte*, pode ter sido concedido no curso de relação processual já perfectibilizada pela citação válida do réu.

Na primeira hipótese, o prazo para a manifestação do réu ainda não citado

²⁸⁴ Evidentemente, poderá o destinatário da medida recorrer ao grau de jurisdição superior e questionar a validade do provimento. O que se ressalte, na situação em comento, é a inexistência de direito de resposta junto ao juízo concedente da cautela.

deverá ser o mesmo prazo estipulado para o oferecimento de defesa no processo principal. Nesse tocante, importa mencionar a possibilidade (sustentada por alguns doutrinadores) da cautela de ofício ser preparatória. Em tais circunstâncias, não só caberá ao magistrado citar o réu da relação processual, como também deverá promover a intimação da parte beneficiada pela medida que, uma vez comparecendo em juízo, assumirá a condição de autora.

No segundo caso, uma vez que o réu foi devidamente citado e, portanto, já integra a relação processual, impera que o juiz proceda à sua intimação para que, em cinco dias se manifeste acerca da cautela. Como é sabido, o Código de Processo Civil, em seu artigo 185 determina que, na falta de preceito legal ou de assinação pelo juiz, é de cinco dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.

Nesse sentido, calha indicar a também possível hipótese da medida cautelar *ex officio* ser contrária ao autor do processo principal. Em tal situação, à semelhança do que foi acima colocado, haja vista ser o destinatário da medida a parte autora do processo em curso, caberá ao juiz intimá-la a respeito da concessão do provimento, contando-se o prazo de cinco dias para a apresentação de suas razões, computados segundo preceitua a fórmula geral trazida pelo artigo 241 do Código.

Importa ainda que seja ressalvada a possibilidade da parte que se considerar prejudicada pelos efeitos da medida, atacá-la por via do recurso de agravo de instrumento. Sim, porque a decisão que concede a cautela *ex officio* não pode ser tomada como sentença, pois não põe fim a uma relação processual. Assim sendo, e por exclusão, trata-se de decisão interlocutória. Daí o cabimento do agravo de instrumento como recurso apto a veicular a impugnação.

Ainda na discussão deste tema, releva sejam transcritas as seguintes palavras de Galeno LACERDA para quem, como se sabe, as medidas cautelares de ofício são, em regra, de caráter administrativo: “Advertimos, porém, que, se surgir lide ou questão entre as partes, provocado, portanto, o ato judicial que normalmente seria de-ofício, assume este, automaticamente, o caráter jurisdicional, porque decisório e solucionador do conflito. O mesmo sucederá se a iniciativa, resistida, partir do Ministério

Público.²⁸⁵

5.5.3 – Possibilidade de modificação ou de revogação das cautelas *ex officio*

As medidas cautelares de ofício não constituem matéria suscetível de preclusão. De igual modo, não tem o condão de operar a coisa julgada. Assim sendo, podem ser modificadas ou reconsideradas, por iniciativa judicial ou a pedido, a qualquer tempo. O artigo 807 do Código é claro ao autorizar ao juiz, a qualquer tempo, modificar ou revogar a medida cautelar, seja no curso do processo cautelar, seja no processo principal.

²⁸⁵ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 133.

6 – CONCLUSÕES

1. A doutrina muito discute a respeito da natureza da tutela cautelar. Para alguns juristas mais vinculados à tradição jurídica italiana, às medidas cautelares deve ser atribuído caráter processual, haja vista as entenderem como instrumentos de proteção da eficácia do processo principal. Assim compreendidos, tais provimentos são colocados em uma situação de acessoriedade decorrente de sua instrumental conexão ao referido processo principal. Muito embora a premissa inicial seja a mesma, a partir desse ponto podem ser identificadas numerosas posições doutrinárias sobre o tema. A título exemplificativo, citem-se aqueles que consideram que as medidas cautelares podem, em certos casos, manifestar feição satisfativa²⁸⁶ e outros que, ao contrário, sustentam que as cautelas não são dotadas do poder de satisfazer direitos, cabendo-lhes, apenas, a função assecuratória da efetividade do processo.²⁸⁷

2. Por outro lado, há quem apregoe que as cautelas podem ter natureza jurisdicional ou, ainda, natureza administrativa. Essa é a opinião manifestada, entre outros, por Galeno LACERDA e por Alcides MUNHOZ DA CUNHA. A partir desse ponto inicial, cada processualista envereda por uma classificação própria com o intuito de melhor sistematizar o fenômeno cautelar.

3. Há, também, quem confira natureza material aos provimentos acautelatórios, sob o argumento de que essas medidas se voltam à tutela do direito substancial de cautela.²⁸⁸ Nesse viés, as medidas cautelares são tomadas como instrumentos processuais de natureza satisfativa que, muito embora possam colocar-se em uma situação de dependência procedimental em relação ao processo principal, exibem conteúdo autônomo daquele expressado na lide principal. Assim sendo, a corrente material opta por sustentar que o processo cautelar deve sobreviver até o

²⁸⁶ Essa é a opinião propagada, v. g., por CALAMANDREI, para quem, em algumas situações, as medidas cautelares podem antecipar os efeitos do provimento final.

²⁸⁷ Nesse sentido, muitos processualistas asseveram que as medidas cautelares seriam satisfativas apenas em uma perspectiva mediata, porquanto, ao assegurar a utilidade do processo principal, estariam, reflexamente, contribuindo para a realização dos direitos subjetivos.

momento em que o direito substancial de cautela não precise mais ser protegido. Por conseqüência, se o processo principal for extinto, mas a tutela assecuratória ainda se fizer necessária, seus efeitos permanecerão em plena atividade, até o momento em que se tornem dispensáveis.²⁸⁹

4. Como já apontado, a natureza da tutela cautelar é tema permeado por grandes polêmicas doutrinárias. Dentro de cada corrente de pensamento identificada, encontra-se ampla variedade de posicionamentos adotados, às vezes sutilmente diferentes entre si, outras vezes claramente divergentes em seus conteúdos.

5. No que se refere especificamente às medidas cautelares de ofício, de igual forma se trata de tema que envolve grandes polêmicas e discussões. Em primeiro lugar, em muito se debate sobre a extensão do artigo 797, vale dizer, indaga-se se a redação desse dispositivo legal estabelece a existência de pressupostos conjuntivos ou, por outro lado, se determina serem disjuntivos os pressupostos para a concessão *ex officio* de cautela. Aqueles que se posicionam pela existência de pressupostos conjuntivos, propugnam que as medidas cautelares de ofício podem ser decretadas *em casos excepcionais e expressamente autorizados por lei*.²⁹⁰ De outra ponta, os defensores da existência de pressupostos disjuntivos afirmam que tais requisitos consistem em *casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei*.²⁹¹

6. Outra questão igualmente debatida diz respeito ao momento de concessão *ex officio* de provimento acautelatório. Para alguns processualistas, em razão do princípio da demanda, a cautela de ofício só pode ser decretada no curso do processo principal já devidamente instaurado por provocação do interessado.²⁹² Dessa forma, a tutela cautelar *ex officio* representaria apenas mais uma maneira do juiz garantir o bom

²⁸⁸ O direito substancial de cautela é entendido como um direito subjetivo que acompanha todos os indivíduos, legitimando-os a obter uma prestação jurisdicional que venha a resguardar os direitos subjetivos dos quais se consideram titulares.

²⁸⁹ Tal é o entendimento exarado, entre outros, por PONTES DE MIRANDA e por Ovídio BAPTISTA DA SILVA.

²⁹⁰ Nesse sentido se posicionam PESTANA DE AGUIAR e Ovídio BAPTISTA DA SILVA.

²⁹¹ Esse é o entendimento exarado, entre outros, por Egas MONIZ DE ARAGÃO e por Alcides MUNHOZ DA CUNHA.

²⁹² Nessa linha, invocam-se os posicionamentos adotados por Humberto THEODORO JÚNIOR e por Ovídio BAPTISTA DA SILVA.

desenvolvimento da atividade processual e a regular administração da justiça, observando, nesse tocante o princípio do impulso oficial.

7. Por outro lado, há quem afirme que as medidas cautelares de ofício podem ser decretadas antes mesmo da instauração do processo principal, ou seja, de modo preparatório.²⁹³ Contra o argumento no sentido de que tal hipótese ensejaria clara inobservância ao princípio da demanda, os representantes dessa visão ampliativa a propósito do cabimento de cautelas de ofício asseveram que, em tais situações, estar-se-ia diante de mais uma das exceções ao princípio da demanda fixadas pelo Código (como exemplo, cite-se a incoação *ex officio* do procedimento de inventário).

8. A polêmica também rodeia o tema da responsabilidade por danos indevidamente causados em virtude da concessão *ex officio* de provimento acautelatório. Se, por um lado, a doutrina se mostra pacífica quanto à inexistência de dever de indenizar por parte daquele que resultou beneficiado pela cautela, por outro lado, a discussão é acirrada no que toca à responsabilidade do Estado e, mais especificamente, à responsabilidade pessoal do juiz. Os debates, aqui, transbordam para questões próprias do Direito Administrativo e Constitucional, revelando a interdisciplinariedade que reveste o tema ora em exame. Assunto complexo, enseja dúvidas invencíveis até mesmo entre os juristas mais especializados do direito pátrio.

9. A incerteza quanto ao procedimento a ser adotado, nos seus mais variados aspectos e minudezas, quando da concessão de cautela de ofício, é um fato que não se consegue afastar. A escassa doutrina sobre o tema deixa de enfrentar questões importantes, tais como o direito de resposta do prejudicado pela medida, ou, ainda, a contagem dos prazos. Destarte, conclui-se tratar de questão que permanece pouco explorada pelos juristas, nitidamente carente de maiores especulações e, também, de um tratamento legal menos omissivo.

10. A pesquisa e reflexão em torno do tema deixam como resultado algumas ponderações e, certamente, muitos questionamentos. Quanto às ponderações, ressalta-se a certeza de que as medidas cautelares de ofício constituem instrumento de enorme potencialidade no que se refere ao alcance de um processo mais efetivo. Não obstante

essa consideração, a doutrina processual civil, de certa forma, parece haver olvidado desse rico mecanismo jurisdicional, conferindo-lhe tratamento singelo, como se fora mero coadjuvante no universo das cautelares. Ao contrário, a cautela de ofício, quando considerada cabível não só nos casos previstos em lei, como também em situações excepcionais (segundo propõe Egas MONIZ DE ARAGÃO), transmuta-se em mais um dos importantíssimos instrumentos de auxílio ao juiz na difícil atividade de administrar a justiça.

11. É claro que a defesa de uma ampla utilização das cautelares *ex officio* pelo magistrado não pretende munir o juiz de poderes extraordinários, de forma que, na presidência de uma relação processual, abandone a condição de árbitro imparcial, para assumir o papel de um ditador injusto. O objetivo que acompanha a tese, obviamente, é outro. Pretende-se, em verdade, dotar o magistrado de efetivas condições de proteger a atividade jurisdicional, bem como a tutela dos direitos subjetivos atribuídos, pelo Estado a seus cidadãos. Dessa forma, tem-se que, assim como não cabe ao juiz incorporar o papel de déspota no exercício de sua função, também não lhe pode ser permitido atuar desatentamente, de forma a se mostrar até mesmo indiferente a questões de enorme relevância, tais como a efetividade do processo.

12. A adoção de uma interpretação ampla a respeito do cabimento das cautelares *ex officio* finda por revelar que a previsão constante do § 7º, do artigo 273, introduzida pela lei 10.444/01, não representa uma real inovação da ordem jurídica processual brasileira. Isso porque, na medida em que se assume que ao juiz é lícito decretar cautelares de ofício não só nos casos expressamente previstos em lei, como também em situações excepcionais, mostra-se inócuo o dispositivo que prevê a conversão do pedido de antecipação de tutela em pedido de natureza cautelar. Em outras palavras, conclui-se que, se a partir de uma interpretação mais abrangente do artigo 797 é possível entender que o juiz pode decretar cautelares de ofício quando essas se mostrarem imprescindíveis, torna-se absolutamente inútil a previsão posterior que determina a fungibilidade entre as tutelas de urgência. Sim, porque, dessa forma, antes

²⁹³ Dentre outras, destaca-se a opinião exarada por Egas MONIZ DE ARAGÃO.

mesmo da introdução do aludido § 7º, já seria possível ao juiz realizar, de ofício, a conversão de pedido antecipatório em cautelar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Egas D. Moniz. *Medidas cautelares inominadas*. Madrid: Revista Universitaria de Derecho Procesal, n. 4, 1990.

ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1985.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. “Responsabilidade do requerente de medida cautelar ex-art. 808, n. III, do Código de Processo Civil”. *Revista de processo*. N. 29. São Paulo: RT, jan-mar/83.

BARROS, Romeu Pires de Campos. “Do processo cautelar no Código de Processo Civil de 1973”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 1, jan-mar/76.

BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BIRCHAL, Alice de Souza. “Relato histórico-evolutivo das ações cautelares no mundo ocidental”. *Direito processual na história*. Org. César Fiuza. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

BRITO, Wanda Ferraz de; **SOARES**, Fernando Luso; **MESQUITA**, Duarte Romeira. *Código de processo civil atualizado e anotado*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

BUZAID, Alfredo. *Da responsabilidade do juiz*. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 9, ano III, janeiro-março de 1978.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Tradução de: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina, 1945.

CAPPELLETTI, Mauro, **GARTH**, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Tradução de: Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, v. 1, 1999.

CARPI, Federico. *A responsabilidade do juiz*. Revista de processo. São Paulo: RT, nº 78, ano 20, abril-junho de 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. Tradução de: Paolo Capitanio Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. José Casáis y Santalo. Madrid: Reus, Tomo I, 1922.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, v. 11, 2001.

_____. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. Ed., São Paulo: Atlas, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERREIRA, Pinto. *Medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

FUX, Luiz. *Tutela da segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “La tutela cautelare atipica nel processo civile brasiliano” in *Les mesures provisoires en procédure civile – atti del colloquio internazionale*. Milano: Giuffrè, 1985.

HABSCHEID, Walter J. “Les mesures provisoires en procédure civile: droits allemand et suisse”. *Les mesures provisoires en procédure civile – atti del colloquio internazionale*. Milano: Giuffrè

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio e Janeiro: Forense, v. VIII, tomo I, arts. 796 a 812, 1980.

LACERDA, João Manoel Carneiro. *Código de processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1941.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Código do processo civil e commercial do Estado de São Paulo*. São Paulo: Saraiva, v. II, 1930.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “Fondamento del principio dispositivo” in *Problemi del processo civile*. Morano.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas: medidas preparatórias e medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: B. Álvares, 1958.

MALACHINI, Edson Ribas. “Cessaçãõ da eficacia da medida cautelar e extinçãõ do processo”. *Revista de processo*. N. 89. São Paulo: RT, jan-mar/98.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Processo cautelar: a tutela judicial na segurança”. *Revista dos tribunais*. São Paulo: RT, mai/1989, v. 643.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT

_____; **ARENHART**, Sérgio Cruz. *Manual de processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MARINS, Victor A. A. Bonfim. *Tutela Cautelar: Teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. II.

MARTINO, Francesco de. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: CEDAM, 1937.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MONTESANO, Luigi. “Sulle misure provvisorie in Italia” in *Les mesures provisoires en procedure civile – atti del colloquio internazionale*. Milano: Giuffrè, 1985.

NERY JR., Nelson. “Considerações práticas sobre o processo cautelar”. *Revista de processo*. N. 53. São Paulo: RT, jan-mar/89.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Perfil dogmático da tutela de urgência”. *Revista gênese – Revista de direito processual civil*. N. 5. Curitiba: Gênese, mai-ago/97, p. 324.

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*. São Paulo: RT, v. X, tomo I, 1984.

PERROT, Roger. “Les mesures provisoires en droit français” in *Les mesures provisoires en procédure civile – atti del colloquio internazionale*. Milano: Giuffrè, 1985.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, tomo XII, 1976.

_____. *Tratado das ações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo V, 1970.

_____. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, tomo VI, 1999.

_____. *História e prática do arresto ou embargo*. Campinas: Bookseller, 1999.

RIBEIRO, Darci. “Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada”. *Ajuris*. N. 70. Porto Alegre: Ajuris, julho/97.

ROCHA, José de Moura. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, v. VIII, 1981.

SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1978.

_____. Poder geral cautelar do juiz”. *Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, n. 44, nov-1988.

SÉ, João Sento. “Responsabilidade civil do estado-juiz”. *Revista de direito público*. N. 82. São Paulo: RT, abr-jun/87.

SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. *Síntese informativa do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 247, ano 70, 1974.

SILVA, Ovídio Baptista da. “Teoria da ação cautelar” in *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *Curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, v. 3, 2000.

_____. *Do processo cautelar*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Teoría de la acción cautelar*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

SIMAS, Hugo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, tomo I, n. 2-3, 1940.

SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Livro é Cultura, 1990.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed., São Paulo: RT, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Do processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1976.

TUCCI, José Rogério Cruz; **AZEVEDO**, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001.

VARELA, Antunes. **BEZERRA**, J. Miguel. **NORA**, Sampaio e. *Manual de processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

VERDE, Giovanni. “Il processo cautelare (osservazioni sparse sui codici di procedura in Italia e in Brasile)”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 79, jul-set/1995.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.