

ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA

A LIDE CAUTELAR NO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL

CURITIBA
1988

ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA

A LIDE CAUTELAR NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de mestre.

CURITIBA

1 9 8 8

A LIDE CAUTELAR NO CODIGO DE PROCESSO CIVIL

por

ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no curso de Pós-Graduação em Direito, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Dr. Egas D. Moniz de Aragão

Prof. Dr. Cândido Rangel Dinamarco

Prof. Dr. Alfredo Assis Gonçalves Neto

CAPÍTULO I PREDISPOSIÇÕES AO ESTUDO DA TUTELA CAUTELAR

SEÇÃO 1 SISTEMATIZAÇÃO DA CAUTELA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil brasileiro, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, desdobra-se em cinco livros. Os três primeiros se ocupam, respectivamente, do processo de conhecimento, do processo de execução e do processo cautelar.

Esta sistematização sugere, por si só, a autonomia do processo cautelar diante dos demais tipos de processo, reconhecidamente autônomos. Um *tertium genus* de processo, reclamado pela "dogmática do processo civil moderno", cujo "elemento específico é a prevenção", segundo o autorizado depoimento de Alfredo BUZAID, na Exposição de Motivos que acompanhou o projeto de sua autoria na discussão e aprovação pelo Congresso Nacional.¹

Com o destaque conferido ao processo cautelar, o Código brasileiro assumiu uma posição de vanguarda, tanto que, consoante as palavras de Galeno LACERDA, "idêntico tratamen-

¹BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, n.11.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I - PREDISPOSIÇÕES AO ESTUDO DA TUTELA CAUTELAR	
Seção 1 - Sistematização da Cautela no Código de Processo Civil	1
Seção 2 - Gênese do Processo Cautelar	4
Seção 3 - Recepção da Tutela Cautelar	6
Seção 4 - Autonomia do Processo Cautelar	11
Seção 5 - Investigação de uma Lide Cautelar	14
CAPÍTULO II - RELEVÂNCIA DA LIDE	
Seção 1 - A Lide como Elemento Conceitual de Jurisdição	18
Seção 2 - A Influência da Lide na Tipologia Processual	24
Seção 3 - A Lide como Fato Gerador da Ação	31
Seção 4 - A Lide como Fator Condicionante da Ação ...	40
Seção 5 - A Lide como Objeto do Processo	47
CAPÍTULO III - A LIDE CAUTELAR	
Seção 1 - Teorias sobre a Lide no Processo Cautelar .	53
Seção 2 - Direito Substancial de Cautela	59
Seção 3 - Configuração da Lide Cautelar	65
Seção 4 - A Lide e o Processo Cautelar	71
Seção 5 - A Lide Cautelar no Código de Processo Civil	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98

to não se encontra em codificações apontadas como fonte de inspiração de nossos últimos códigos de processo civil, como a alemã, a austríaca, a portuguesa e a italiana"².

Ocorre que, passados quinze anos da festejada codificação, a propalada autonomia do processo cautelar continua controvertida. Não se pacificaram ainda as discussões a propósito dos critérios, mais ou menos abrangentes, reputados idôneos para elevar a tutela cautelar a uma autêntica categoria de processo.

Não se duvida que a nova sistematização da tutela cautelar representou significativo avanço na ciência do Direito Processual Civil, na medida em que o legislador procurou lhe dispensar um tratamento unitário, valorizando a forma e o fim de sua atuação.

A despeito disto e do próprio título "Processo Cautelar", do Livro III, não parece lícito afirmar que o legislador de 1973 tenha conferido a esta espécie de tutela uma autonomia que antes inexistisse.

O Código de 1939, conquanto situasse a tônica da tutela cautelar na acessoriedade do seu procedimento, que aliás não era absoluta, assegurava-lhe uma realização similar à atual, inclusive com a previsão, em seu art.675, de um poder cautelar geral do juiz.

Sendo assim, ressalvada a melhor técnica de sistematização do diploma de 1973, fato que é parcialmente contes-

²LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987. n.1, v.VIII, t.I, p.2.

tado por Ovidio Baptista da SILVA,³ não se pode negar que, se a função cautelar deve ser efetivamente reconhecida como autônoma, já possuía seguramente esta característica na vigência do Código de 1939, embora tivesse permanecido ali, com tal atributo, desconhecida e até desprezada.⁴

Hoje, porém, vive-se o momento da redescoberta do processo cautelar. O progresso abrupto da civilização, engendrada na era da cibernética e da informática, produz a multiplicação incessante dos mais variados e inovadores conflitos, notadamente em confronto do Estado, cada vez mais intervencionista. Surge assim a "necessidade exacerbada de segurança" a que alude Fritz BAUR⁵, e, com ela, a insistente provocação da tutela cautelar.

Ocorre que a referida necessidade de segurança vem se dissociando das hipóteses tradicionalmente conhecidas de cautela, para animar também pretensões aparentemente satisfativas de direito material, que reclamam pela urgente solução dos conflitos em que se inserem. Tais pretensões, encontrando o caminho dos procedimentos sumários, predispostos

³Depois de ressaltar que, em certo sentido, a tutela cautelar estava melhor disciplinada no Código de Processo Civil de 1939, Ovidio Baptista da SILVA fulmina o tratamento que a mesma mereceu no Código de Processo Civil de 1973, afirmando que "a **comistão** feita pelo legislador, no Livro III do Código, gera mais problemas hermenêuticos do que resultados. O premeditado menosprezo por qualquer critério lógico de classificação, por certo não pode provocar elogios, além de suscitar inconvenientes práticos de extrema gravidade". (**Comentários ao Código de Processo Civil - Do processo cautelar.** Porto Alegre, Letras Jurídicas, 1986. v.XI, p.5-6.)

⁴BARRROS, Hamilton de Moraes e. Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 246:201, 1975.

⁵São várias as causas de expansão do campo de aplicação da tutela cautelar, segundo Fritz BAUR, que as reúne em quatro grupos: 1º) causas decorrentes do condicionamento da civilização (necessidade de proteção imediata para preservar as condições de funcionamento da vida em comunidade); 2º) causas decorrentes da combinação de fatos psicológicos (perda do bom senso e recurso à autoridade); 3º) causas pertinentes à necessidade social de proteção (necessidade de provimento provisório que venha compensar transitoriamente a fraqueza do indivíduo em confronto do mais forte); 4º) deficiência do processo. (**Tutela jurídica mediante medidas cautelares.** Trad.Armando Edgar Laux. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1985. p.15-8.)

para a tutela cautelar, com a possibilidade, até mesmo, de obtenção liminar de providências atípicas ou inominadas, sob os fundamentos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, praticamente antecipam os efeitos peculiares das providências processuais definitivas, vindo então conturbar o panorama ainda fluido do processo cautelar.⁶

Como se vê, o momento apresenta-se propício à reflexão sobre o direito processual, que deve contar com mecanismos sempre atuais para satisfazer a crescente necessidade de segurança, mediante uma prestação jurisdicional de urgência. Daí que a tutela cautelar deve ser suficientemente delimitada, sob pena de comprometer sua identidade na consideração de que se trata de um gênero de tutela apenas sumária.

SEÇÃO 2

GÊNESE DO PROCESSO CAUTELAR

Uma singela retrospectiva sobre a evolução havida na concepção da tutela cautelar mostra-se oportuna, para se aquilatar se o nível de compreensão alcançado nesta matéria já assegura, ou pelo menos promete, uma justificativa para a sistematização de um processo cautelar autônomo.

⁶"(...) não só os juízes brasileiros se alarmam com a avalanche de processos cautelares onde se postulam todas as liminares que a fertilidade imaginativa dos advogados consegue montar, como a doutrina italiana igualmente se mostra perplexa e alarmada com o emprego crescente do processo cautelar, usado como terapêutica contra a enfermidade endêmica da jurisdição comum, particularmente do procedimento ordinário, cuja estrutura sem dúvida foi superada pela evolução histórica". (SILVA, Ovidio B.da, **Comentários ...**, p.9.)

Foi a doutrina italiana, do início deste século, que realizou as primeiras tentativas de "enquadramento teórico" ⁷ da cautela, diante da consideração de que alguns procedimentos de função conservativa não podiam ser reduzidos ao campo do processo executivo, como supunha a avançada doutrina alemã do fim do século XIX. ⁸

Proto PISANI enfatiza a importância de CHIOVENDA neste contexto, posto que em 1906, com a primeira edição de *Principi*, propôs-se já a sugerir a autonomia da função cautelar, precisando seus limites e enunciando "pela primeira vez" o conceito da ação meramente cautelar. ⁹

Aos ensinamentos de Chiovenda seguiram-se os de CALAMANDREI e CARNELUTTI, cujas idéias geniais compõem sabidamente a gênese científica do processo cautelar.

Mediante uma figuração vulgar, buscada com o simples intuito de encaminhar a presente introdução, pode-se dizer que pela singela conjugação das teorias desses eminentes processualistas evidenciou-se a existência de uma tutela cautelar, de caráter jurisdicional, com "uma individualidade própria", enquanto apta a integrar-se em um autêntico "organismo processual" ¹⁰, que tem começo, meio e fim.

⁷PIZANI, Andrea Proto. Chiovenda e la tutela cautelare. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, 43:18, 1988.

⁸LANCLOTTI, Franco. Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, 16:235-6, 1939.

⁹PIZANI, Chiovenda e la ..., p.17-8.

¹⁰O processo acautelatório tem, de fato, como organismo processual, uma individualidade própria: uma demanda, uma relação processual, um provimento final, um objeto próprio que é a ação acautelatória". (nota 1, LIEBMAN comentando CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad.J.Guimarães Menegale. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1969. §11, v.1, p.274.

Com CHIOVENDA sobreveio a demonstração de que a tutela cautelar se exercita mediante ação ou "mera ação", a qual "existe como poder **atual** quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe"¹¹.

CALAMANDREI, por sua vez, ocupou-se particularmente das características das providências cautelares, essencialmente provisórias e instrumentais, que reclamam por atividades tanto cognitivas como executivas do juiz, mediante procedimentos informados pela urgência e sumariedade.¹²

Já a preocupação de CARNELUTTI foi a de identificar o fim específico do processo cautelar, assentando-o, primeiramente, no escopo distintivo de assegurar uma "**sistemazione di fatto** alla lite", depois no de promover a "**composizione provvisoria** della lite" até firmar o entendimento de que o fim peculiar do processo cautelar é o de servir à "**tutela del processo**" definitivo, para evitar comprometimentos ao equilíbrio das partes, durante o tempo em que se aguarda a composição final da lide.¹³

SEÇÃO 3

RECEPÇÃO DA TUTELA CAUTELAR

Este esquema processual da cautela foi recepcionado no Brasil, tanto pelo Código de 1939 quanto pelo Código de

¹¹CHIOVENDA, *Instituições ...*, §11, v.1, p.273.

¹²CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad.Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ed.Bibliográfica Argentina, 1945. p.31-48.

¹³CARNELUTTI, Francesco. *Trattato del processo civile - Diritto e processo*. Napoli, Morano, 1958. n.274, p.355-6.

1973, com a diferença de que neste, tendo-se apostado na autonomia do processo cautelar, aprimorou-se formalmente a sua disciplina normativa.

Mas nem por isso se pode dizer que esteja evidente a anunciada autonomia. Uma interpretação apressada dos diversos dispositivos que regulam a matéria no atual Código pode conduzir ao entendimento de que a autonomia do processo cautelar é apenas formal, configurável naqueles casos em que se pressupõem a ação e procedimentos próprios para a sua realização.

Com efeito, o vínculo de necessária dependência que se quer comumente atribuir ao processo cautelar em confronto do processo de conhecimento ou de execução, nos quais se supõe a existência atual ou virtual de uma autêntica lide, serve apenas para explicar a jurisdicionalidade da função cautelar, enquanto se entende que esteja predisposta a assegurar, mediatamente, a justa composição desta mesma lide.

Autonomia e dependência, entretanto, são expressões antitéticas. Nem se diga que o nexo de dependência, existente entre o processo cautelar e o chamado processo principal ou definitivo, traduz uma relação de instrumentalidade similar àquela que ocorre entre o processo condenatório e o de execução de sentença.¹⁴ Estes, além de se distinguirem nitidamente quanto à estrutura, produzem efeitos substancialmente apreciáveis, à medida que compõem suficientemente as lides que lhe são peculiares, ainda que decorrentes do mesmo

¹⁴THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 8.ed. São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 1986. n.66, p.92-4.

conflito material de interesses. Ademais, uma vez iniciado o processo definitivo de execução de sentença, não há que cogitar de projeção continuada dos efeitos do processo de conhecimento. Finalmente, constitui-se em dado decisivo para a afirmação da autonomia do processo executivo a constatação de que, tratando-se de títulos executivos extrajudiciais, este pode ser instaurado independentemente da existência de um processo condenatório prévio.

A dependência que se quer imprimir, porém, ao processo cautelar é uma constante, porque não se lhe reconhece a existência de uma lide ou objeto próprio: "o que se aprecia na ação cautelar é o interesse processual pela segurança e eficácia do processo principal", sendo que "a solução da lide fica inteiramente reservada para a função jurisdicional de cognição ou execução"¹⁵.

Aceitando esta proposição, estar-se-á admitindo que a função cautelar não é apenas dependente, mas também acessória e acidental das demais funções, às quais se integra, revelando-se como uma fase procedimental, destacada e eventual, em relação ao processo cognitivo ou executivo. E mais, que apenas formalmente assume a feição de processo, quando, por motivos circunstanciais, dá ensejo à instauração de uma relação processual antecedente ou incidente, mas que tende a desenvolver-se paralelamente ao processo dito definitivo, para lhe resolver uma "questão"¹⁶ processual, atinente à sua própria segurança.

¹⁵THEODORO JUNIOR, *Processo Cautelar...*, n.67, p.94.

¹⁶LACERDA, *Comentários ...*, n.6, p.19-31.

Aliás, medidas cautelares existem, como o arresto do art.653, o seqüestro do art.1.016, § 1º, a caução do art.588, II, todos do Código de Processo Civil, além de uma infinidade de medidas inominadas, que podem ser determinadas até mesmo de ofício no curso do processo de conhecimento ou de execução e que, a despeito de não dependerem de ação cautelar, parecem resolver com a mesma eficácia a questão da segurança antes aludida.

Não obstante, tem-se negado que haja a manifestação de um processo cautelar com a produção **incidenter tantum** de providências assecurativas. Para CARNELUTTI, nestes casos o que ocorre é uma "fase cautelar do processo"¹⁷.

Galeno LACERDA, por sua vez, procura salvar a autonomia do processo cautelar, expulsando para longe da categoria estas manifestações de cautela, sob o argumento de que "posuem natureza administrativa e emanam do poder judicial de direção do processo, que se reveste na espécie, de autêntico poder de polícia, no resguardo de bens e pessoas"¹⁸.

Esta redução conceitual do processo cautelar, porém, não convence, tanto que parece assentada em critério meramente instrumental e relativo, tal como previa SATTA¹⁹. Pre-

¹⁷"Senza dubbio si può in tutti questi casi parlare di provvedimenti **istruttori cautelari** (...); peraltro vi è piuttosto una fase **cautelare del processo** che non un processo **cautelare**; la funzione del processo cautelare consiste nella composizione provvisoria della lite mentre qui si tratta di regolamento provvisorio del processo e non mi par corretto pensare a uno sdoppiamento del processo piuttosto che alla inserzione del processo unico di un provvedimento o comunque di una attività cautelare". (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Padova, Cedam, 1936. n.72, v.1, p.208).

¹⁸LACERDA, **Comentários ...**, n.6, p.30.

¹⁹"L'autonomia della cautela - Quando si parla di procedimenti cautelari non ci si può evidentemente riferire che a quei procedimenti che hanno la "cautela" come loro specifico oggetto (...). La ragione per la quale la cautela si realizza, in determinati casi, attraverso un procedimento, sta in questo: che essa costituisce l'oggetto di una pretesa da parte di un soggetto nei confronti dell'altro (...) è la legge che organizza in questo

tende-se atribuir o caráter processual à cautela apenas nas hipóteses em que se favorece o exercício da ação cautelar, seja ela antecedente (como meio capaz de suprir aparente impossibilidade de conjugação de pedido e procedimento cautelar com pedido e procedimento não cautelar); seja ela incidente (como meio para afastar a dificuldade quanto à referida compatibilização); seja ela até mesmo cumulativa (nas hipóteses em que "não haja risco de tumulto processual" ²⁰).

Mas, como observava agudamente LANCELOTTI, em crítica cinquentenária às tentativas de uma construção conceitual para a cautela, "para que se tenha um processo no significado substancial da palavra não é suficiente uma série de atos que sejam cumpridos pelas partes em confronto do Estado e vice-versa", sendo preciso encontrar "um conteúdo substancial que qualifique o procedimento em processo e que torne decisivamente jurisdicional aquela atividade que, de outro modo, poderia ser jurisdicional ou administrativa" ²¹.

modo la costituzione della cautela. Astrattamente parlando, la cautela potrebbe essere organizzata come un mero potere del giudice, coordinato all'esercizio della giurisdizione e manifestazione di esso, accanto agli altri poteri di decisione, di coercizione, di documentazione ecc. (...) Se così fosse, la cautela perderebbe ogni autonomia (...). Vi sono delle cautele che non si risolvono in meri poteri strumentali del giudice bensì costituiscono un potere della parte, coordinato alla tutela del suo diritto; presuppongono in altri termini un interesse che si valere [sic] con una vera e propria azione (...)" (SATTI, Salvatore. **Diritto processuale civile**. Padova, Cedam, 1957. n.475, p.575.)

²⁰LACERDA, **Comentários ...**, n.76, p.418.

²¹LANCELOTTI, p.265.

SEÇÃO 4

AUTONOMIA DO PROCESSO CAUTELAR

A concepção tradicional da cautela, estabelecida no plano estritamente processual, não tem impedido o desenvolvimento de outras concepções, que, retomando o fio da doutrina alemã do fim do século passado, vem-se inclinando no sentido de relacionar a instrumentalidade da função cautelar não ao resultado ou à eficácia do processo definitivo, mas a um interesse, quiçá um direito, de natureza material.

ALLORIO, embora negasse a autonomia do processo cautelar, diante da consideração de que este haveria de se exercitar, necessariamente, mediante "ação de conhecimento, ou ação executiva", formulou conhecida teoria, relacionando a função cautelar a um "direito substancial de cautela" ²².

A tentativa, porém, de vincular o direito de cautela ao direito acautelado, tanto que "a cada direito principal" haveria de corresponder "uma sanção cautelar" ²³, comprometeu a coerência interna da teoria, pois, a despeito das engenhosas construções, restaria a conclusão inevitável de que o direito de cautela se afiguraria acessório de um direito principal, que, todavia, poderá revelar-se, em outra sede, como direito inexistente.

Bastante conhecida se tornou também a concepção de CALVOSA. Nega a existência de um direito substancial de cau-

²²ALLORIO, Enrico. Per una nozione del processo cautelare. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, 13:25, 1936.

²³ALLORIO, Per una nozione ..., p.33.

tela ²⁴ e, ainda assim, situa o processo cautelar no mesmo plano das demais categorias processuais, como instrumento apto a "assegurar a atuação da tutela normativa", donde a conclusão de que o vínculo existente entre o processo cautelar e os demais tipos de processo é "apenas aparente ou, melhor, apenas formal"²⁵.

É que, segundo CALVOSA, as providências cautelares estão "coordenadas instrumentalmente com as situações substanciais cautelandas", para o fim de evitar que "uma situação subjetiva substancial favorável" possa sofrer "deteriorações ou até degradações" que lhe comprometam a essência ou a efetiva titularidade.²⁶

No Brasil, são conhecidas as posições de Pontes de MIRANDA e Ovidio Baptista da SILVA, que imprimem também um conteúdo substancial à tutela cautelar, para a afirmação de sua autonomia.

Pontes de MIRANDA, reconhecendo que a sistemática do Código de Processo civil "é cheia de problemas da mais difícil técnica classificatória"²⁷, propôs-se a resolver a equação, repelindo, desde logo, a noção de uma indispensável referibilidade ou acessoriedade do processo cautelar para com os demais processos, noção esta que teria propiciado "alguns erros legislativos, interpretativos e de prática judicial"²⁸.

²⁴CALVOSA, Carlo. *La tutela cautelare* (profilo sistematico). Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1963. p.226-7.

²⁵CALVOSA, *La tutela...*, p.223.

²⁶CALVOSA, Carlo. *Provvedimenti d'urgenza*, in *Novissimo digesto italiano*. Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1957. v.XIV, p.448.

²⁷MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976. v.XII, p.491.

²⁸MIRANDA, p.6.

Afirma Pontes de MIRANDA que "existe, além da pretensão à tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*) à cognição completa (...) e da pretensão à tutela jurídica à execução, a pretensão à tutela jurídica (...) à segurança de pretensão (*Anspruchssicherung*)" ²⁹, a qual se exerce "com o fim de assegurar constituição futura de direito, exercício eficaz de pretensão ou ação, ou a execução futura" ³⁰. Partindo dos princípios de que "só se executa ou se restringe poder de outrem, depois da cognição" e o de que "os direitos devem ser protegidos antes e depois de violados" ³¹, correlaciona a pretensão à segurança à "obrigação à segurança", culminando por reconhecer no processo cautelar a existência de uma *res in iudicium deducta* específica ³².

Ovidio Baptista da SILVA retoma o argumento de que a "pretensão à tutela jurídica à segurança" se relaciona não ao direito acautelado, mas a uma "pretensão de direito material", ameaçada por uma especial "situação de perigo"; daí que a jurisdicionalidade da função cautelar decorre não de uma suposta instrumentalidade para com outro processo, mas da necessidade de se "prevenir a ocorrência de uma lesão mais profunda de um bem juridicamente tutelado" ³³. Insiste ele na argumentação de que "o objeto da proteção cautelar há de ser, sempre e primariamente, um direito da parte, ou uma

²⁹MIRANDA, p.14.

³⁰MIRANDA, p.16.

³¹MIRANDA, p.16.

³²MIRANDA, p.500-1.

³³SILVA, Ovidio Baptista da. **As ações cautelares e o novo processo civil.** 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1974. p.24.

pretensão (sem direito subjetivo), ou uma ação, ou até uma simples exceção substancial"³⁴.

SEÇÃO 5

INVESTIGAÇÃO DE UMA LIDE CAUTELAR

Com as considerações até aqui expendidas, de modo ligeiro e superficial, procurou-se apenas delinear o perfil evolutivo da tutela cautelar, após a elaboração científica do direito processual. Um panorama apenas suficiente para situar duas correntes doutrinárias que, partindo de base teórica comum, confrontam-se agora na elucidação do conteúdo e da extensão da função cautelar.

A idéia de imprimir um conteúdo substancial ao processo cautelar é, sem dúvida, atrativa, pois amplia o campo de sua atuação, configurando uma tutela mais eficaz para fazer frente à crise de segurança.

Mais atrativa ainda se mostra esta idéia quando se constata que a prospecção a que tende não destoia da teleologia do sistema, bastando uma interpretação, que aspira a ser qualificada como crítica, para promover a necessária conciliação da teoria ao quadro normativo da cautela.

A perspectiva de que a jurisdição cautelar possa efetivamente contar, de modo imediato, com uma base de referimento de direito material, à semelhança do que ocorre com as

³⁴SILVA, Ovidio B.da, *Comentários...*, p.90.

funções cognitiva e executiva, é que anima, pois, a presente pesquisa.

A concepção tradicional, quanto à subsidiariedade ou complementariedade da função cautelar em relação às demais funções processuais, vem sendo confrontada, também, em países europeus, por obra da doutrina e da jurisprudência.

Ilustrativas, neste aspecto, são as observações feitas por Giuseppe TARZIA, a propósito do "Colloquio internazionale su **Les mesures provisoires en procédure civile**", organizado pela Universidade de Milão, em outubro de 1984.³⁵ Das referidas observações extraem-se considerações conclusivas no sentido de que o processo cautelar, "longe de desenvolver uma atividade meramente assecurativa dos resultados da tutela cognitiva ou executiva", vem denotando "uma autonomia funcional quase completa"³⁶; que a tônica da provisoriedade está na circunstância de que o provimento cautelar não inibe o provimento definitivo;³⁷ que existe, enfim, uma "jurisdição provisória de caráter geral" exercitada mediante "procedimentos sumários", destinados a dar proteção a "situações jurídicas 'privilegiadas'"³⁸.

Admitindo que o processo cautelar tem vida própria e que sua essência jurisdicional não decorre da sua vinculação ao objeto de um processo não cautelar, há que precisar, en-

³⁵TARZIA, Giuseppe. Atti del colloquio internazionale su Les mesures provisoires en procédure civile. Milano, Dott.A.Giuffrè Editore, 1985. p.246.

³⁶TARZIA, Giuseppe. Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, 41:36, 1986.

³⁷TARZIA, Giuseppe. Considerazione comparative sulle misure provvisorie nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, 40:246, 1985.

³⁸TARZIA, Considerazione ..., p.250.

tão, tal como salientou LANCELOTTI, qual há de ser o conteúdo substancial que pode qualificar como processo o procedimento cautelar (**vide** nota 21).

Consolida-se hoje a noção de que "a causa que obriga o juiz a prover, a usar da jurisdição no processo" civil "só pode ser o **fato jurídico da lide**", ou seja, do conflito de interesses "atual ou virtual existente entre as partes" ³⁹.

Em um primeiro momento, pode-se ser tentado a acreditar que a lide cautelar corresponde à mesma lide que, em princípio, pode animar a instauração e o desenvolvimento de um processo definitivo, limitando, porém, a causa de pedir ao fundamento da segurança.

Esta concepção, entretanto, não permitirá que se situe comodamente a função cautelar no mesmo plano das outras funções processuais, ou seja, como uma terceira "expressão da tutela jurisdicional de direitos" ⁴⁰.

É que o provimento cautelar, conferindo proteção a um dos interesses em lide, não estará privilegiando necessariamente o interesse que, na tutela definitiva, deva ser reconhecido como o interesse juridicamente prevalente, ou seja, como autêntico direito subjetivo.

O processo cautelar não pode ser encarado, então, como "forma alternativa de tutela jurisdicional" ⁴¹ a propósito de determinada lide.

Há que se procurar, pois, um espaço para a configuração de uma lide tipicamente cautelar.

³⁹LACERDA, **Comentários ...**, n.6, p.21.

⁴⁰CALVOSA, **Provvedimenti ...**, p.448.

⁴¹TARZIA, **Rimedi ...**, p.36.

Verificando-se a relevância da lide, não apenas como pólo metodológico para o estudo do direito processual civil, mas também como dado decisivo para a compreensão do conceito de jurisdição, da tipologia processual, do exercício da ação e do objeto do processo, pretende-se então firmar o convencimento de que, à semelhança do que ocorre em relação ao processo cognitivo e executivo, o processo cautelar é verdadeiramente autônomo, porque atua em função de uma lide que lhe é peculiar. E, mais, que a sistemática do Código de Processo Civil se compadece com esta perspectiva de autonomia da função cautelar.

CAPÍTULO II RELEVÂNCIA DA LIDE

SEÇÃO I

A LIDE COMO ELEMENTO CONCEITUAL DE JURISDIÇÃO

A doutrina de CARNELUTTI a propósito da lide tem-se mostrado decisiva para a compreensão e o revigoramento do direito processual civil. Concebeu a lide como o **"conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro"**⁴².

O "conflito de interesses pode ser considerado como o bacilo da desordem social"⁴³ e, por isso, há que ser eliminado. Relembra BUZAID que "a premissa sociológica de todo o ordenamento jurídico é, pois, o interesse coletivo à composição dos conflitos"⁴⁴. Esta composição pode ser obtida espontaneamente, quando um dos sujeitos manifesta a "exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio" e a contraparte submete o seu interesse à "pretensão"; quando, porém, a pretensão "encontra a resistência e não consegue vencê-la

⁴²CARNELUTTI, *Sistema ...*, n.14, p.40.

⁴³CARNELUTTI, *Sistema...*, n.14, p.41.

⁴⁴BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo, Saraiva, 1956. n.41, p.92.

sim, o valor da lide, como fator decisivo para "diferençar os atos jurisdicionais dos atos administrativos praticados pelo juiz"⁵¹.

Mais evidente ainda se torna a relevância da lide na processualística moderna, quando se constata o compromisso do direito positivo com esta peculiar concepção **carneluttiana**. Este comprometimento está manifesto no Código de Processo Civil de 1973, em cuja Exposição de Motivos se lê:⁵²

O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre contendores. Atua, como já observava Betti, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio dos interesses de ambos[sic]. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos.

Recorre-se, assim, à noção dialética de lide, porque ela se presta, mais do que qualquer outra, para conceituar a atividade jurisdicional do Estado, porquanto, à medida em que a qualifica, distingue-a nitidamente das demais funções estatais, especialmente da administrativa.

Como adverte Seabra FAGUNDES, "a função legislativa liga-se ao fenômeno da formação do direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase

⁵¹LACERDA, *Comentários...*, n.6, p.20.

⁵²BUZAID, *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, 1973*, n.5.

por si mesma" ⁴⁵, "o conflito de interesses converte-se em lide" e, por isso, no "pressuposto do processo" ⁴⁶ ou da atividade jurisdicional.

CALAMANDREI, entretanto, desde logo combatu o valor geral do conceito de lide "como elemento distintivo da função jurisdicional", tanto que "no processo civil inquisitório", como "no processo penal em geral", não se confere às partes a possibilidade de coordenar ou dispor de seus interesses e, assim, de evitar o processo. ⁴⁷

Sabe-se que CARNELUTTI, depois de travar célebre polêmica ⁴⁸ com CALAMANDREI, acatou a crítica e recuou de posição; admitiu a relatividade do conceito de lide, remetendo-o então para o plano da teoria geral do direito. ⁴⁹

A proposta de CARNELUTTI, porém, revelava-se sedutora, como reconhecia, aliás, o próprio CALAMANDREI, pela possibilidade que oferecia de repensar e orientar os diversos institutos de direito processual civil sob uma "premissa dogmática" de caráter geral. ⁵⁰

Presos a esta perspectiva, propuseram-se os processualistas a alargar o conceito de lide, "de modo a que nele se compreendam, também, os conflitos com o interesse público ou de ordem pública presentes no processo"; resgatou-se, as-

⁴⁵CARNELUTTI, *Sistema...*, n.16, p.43.

⁴⁶CARNELUTTI, *Sistema...*, n.119, p.342.

⁴⁷CALAMANDREI, Piero. Il concetto di "lide" nel pensiero de Francesco Carnelutti; I - Lite e giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, 5:17, 1928.

⁴⁸CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale (postilla) - Lite e processo (postilla). *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, 5:23-37; 99-105, 1928.

⁴⁹CARNELUTTI, *Trattato...*, n.32, p.54, nota 2.

⁵⁰CALAMANDREI, Piero. Il concetto di "lide" nel pensiero de Francesco Carnelutti; II - Lite e processo. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, 5:89, 1928.

de sua realização"⁵³. Ainda assim, são inconfundíveis materialmente.

Muitas foram as construções que surgiram à procura dos critérios distintivos da função jurisdicional em relação à função administrativa, dando-se ênfase aos mais diversos aspectos, como o caráter substitutivo e sub-rogatório da função jurisdicional, o seu caráter sancionatório, a sua natureza declarativa de direitos, o efeito da coisa julgada, o fim de promover a atuação forçada da lei ou o de compor a lide.⁵⁴

Todavia, são as concepções de CHIOVENDA e de CARNE-LUTTI que têm merecido maior prestígio.

CHIOVENDA define a jurisdição como "a função do Estado que tem por escopo a atuação concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva"⁵⁵.

Com a referência à vontade concreta da lei, distinguuiu-se a atividade jurisdicional da legislativa; com a alusão à substitutividade, traçou-se, então, o limite entre a jurisdição e a administração.⁵⁶

⁵³FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967. p.16.

⁵⁴SEGNÍ, Antonio. *Giurisdizione (in generale)*. In: **Novissimo digesto italiano**. Torino, Unione Tipografica Torinese, 1957. v.VII, p.985-93.

⁵⁵CHIOVENDA, §19, v.2, p:3.

⁵⁶"Em outros termos, o juiz age atuando a lei; a administração em conformidade com a lei; o juiz considera a lei em si mesma; o administrador considera-a como norma de sua própria conduta (...) a própria administração julga, pois que não se age a não ser com apoio num juízo; mas julga sobre a própria atividade. Ao contrário, a jurisdição julga da atividade alheia e duma vontade de lei concernente a outrem". (CHIOVENDA, §19, v.2, p.12.)

Ainda assim, sustenta CARNELUTTI que esta fórmula conceitual se apresenta incompleta. A nota de substitutividade, diz ele, mostra apenas "a exterioriedade do fenômeno" jurisdicional, pois serve basicamente para denunciar a circunstância de que a mesma, ao contrário das demais atividades estatais, é exercitada por um órgão do Estado **em confronto com as partes**"⁵⁷, não evidenciando, pois, uma diferença de conteúdo.

De outro lado, a expressão "atuação da vontade concreta da lei" ou outras fórmulas equivalentes sugere apenas a complementariedade da função jurisdicional em relação à lei, deixando, porém, "na sombra", a razão de ser desta complementariedade, qual seja, "a **necessitas**, que a lei há de ser atuada, garantida"⁵⁸.

Não obstante, vinculando a jurisdição ao fim de promover "a **justa composição da lide**", situa-se claramente esta função "em uma posição intermediária entre a legislação e a administração"⁵⁹.

Advertindo que se entende por "justa" a composição "conforme o direito ou a equidade", resulta a convicção de que a jurisdição se coloca sob a legislação "pelo seu víncu-

⁵⁷"Così non si mostra se non la esteriorità di un fenomeno, il cui nocciolo stà in ciò che l'attività giudiziaria, a differenza dalla attività amministrativa, è esercitata da un organo dello Stato **in confronto con le parti**; questo star di fronte del giudice o dell'esecutore alle parti non c'è che nel processo; quando si tratta della funzione legislativa, dirimpetto all'organo dell' Stato **non ci sono parti**, cioè lo Stato stesso agisce **come parte**. Existe dunque, fra le tre funzione, una differenza di contenuto, ed è questa che bisogna ricercare". (CARNELUTTI, *Lite e funzione ...*, p.22-3, 1928.)

⁵⁸CARNELUTTI, *Trattato...*, p.66.

⁵⁹CARNELUTTI, *Sistema...*, n.82, p.248.

lo jurídico à justiça" e, todavia, sobre a administração, "pela sua atribuição quanto à composição dos interesses opostos", inclusive do interesse eventualmente contrastante da própria administração.⁶⁰

Do que foi sumariamente exposto, parece que sobressai demonstrada a importância da noção de lide para caracterizar a função jurisdicional, confirmando-se a proposição de Galeo LACERDA, no sentido de que "a jurisdição, como atividade específica do Poder Judiciário, existe por **causa** do conflito e para solucioná-lo"⁶¹.

Há que notar desde logo, porém, que, embora a lide traduza sempre e essencialmente a existência de conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida, o seu significado não é uniforme, tanto que pode e deve ser encarada sob duplo aspecto. Há o aspecto sociológico, embora com relevância jurídica, que traz a justificativa e motivação da atividade jurisdicional. De outro lado, há o aspecto estritamente jurídico-processual, revelando a face cultural do conflito, ou seja, a dimensão com que se consegue projetá-lo como conteúdo de determinado processo.⁶²

No decorrer da presente pesquisa, porém, a palavra "lide" assumirá um ou outro significado, que poderá, entre-

⁶⁰CARNELUTTI, **Sistema...**, n.82, p.246.

⁶¹LACERDA, **Comentários...**, n.6, p.20.

⁶²"La lite è certamente un presupposto del processo, como la natura è un presupposto della pittura che la ritrae, ma essa è anche l'oggetto degli atti, in cui il processo consiste, onde non si potrebbe conoscere la composizione del processo se non si conoscesse, anzitutto, ciò che la lite sia". (CARNELUTTI, **Sistema...**, n.118, p.341.)

tanto, ser facilmente identificado pela situação do tema que se estiver seqüencialmente abordando.

SEÇÃO 2

A INFLUÊNCIA DA LIDE NA TIPOLOGIA PROCESSUAL

A jurisdição representa uma das atividades soberanas do Estado apenas no plano conceitual, ou seja, "sob o plano estático", posto que a sua dinâmica ou o seu movimento se dá com "o surgir do processo"⁶³.

Diz-se habitualmente que o processo é o instrumento da jurisdição. Na verdade, é a manifestação da jurisdição nos casos concretos. O caráter instrumental do processo, tal como se dá com a instrumentalidade da jurisdição, da qual é mera expressão, estabelece-se em relação ao direito substancial.

Muitas são as definições possíveis sobre o processo, dependendo da ótica com que se observa o conjunto complexo e coordenado de atos e pessoas em que se constitui.

Tendo em vista o vínculo que une os sujeitos principais do processo, identificados pelas partes e pelo juiz, diz-se, como já dissera Oskar Von BÜLOW, que se trata de "relação jurídica processual"⁶⁴, distinta da relação jurídica material que possa lhe servir como base de referimento,

⁶³PISANI, Andrea Proto. I rapporti fra diritto sostanziale e processo. In: _____. **Appunti sulla Giustizia Civile**, p.43.

⁶⁴BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad.Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. p.1-7.

posto que não há correspondência integral entre os respectivos sujeitos, objeto e pressupostos. Semelhante conceituação equivale, pois, à natureza jurídica do processo.

De outro lado, visualizando-se a seqüência ordenada de atos que são praticados no processo, ele pode ser concebido como "um método" ⁶⁵ ou como "um sistema" ⁶⁶ de realização da justiça, segundo as regras e princípios do direito processual.

Teleologicamente, o processo é identificado pelo fim de promover a "justa composição da lide", como já foi acenado.

A pluralidade de conceitos, a propósito do processo, converge sempre para o seu caráter essencialmente instrumental para com o direito substancial.

Proto PISANI, referindo-se especificamente ao processo civil, visualiza a exata dimensão desta instrumentalidade. O processo civil, diz o professor florentino, situa-se no ordenamento jurídico "como uma espécie de contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela"; esta "contrapartida", para que se torne efetiva, "deve traduzir-se na predisposição de meios de tutela jurisdicional (...) adequados às necessidades de tutela das particulares situações de direito substancial" ⁶⁷.

⁶⁵CARNELUTTI, *Tratato...*, p.3,31.

⁶⁶THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de conhecimento**. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981. v.I, t.1, p.54-5.

⁶⁷PISANI, *I rapporti...*, p.42.

Aliás, esta proposição é uma reconhecida variante do princípio integrativo do direito, enunciado por CHIOVENDA, segundo o qual "o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir"⁶⁸.

Este princípio, na verdade, corresponde à garantia do devido processo legal, esboçado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que tem sido erigido como princípio constitucional nos Estados democráticos.⁶⁹

O nexó de instrumentalidade que liga o direito processual ao direito substancial traduz-se, então, em autêntica relação de "interdependência", tanto que, "a nível de efetividade", o direito substancial deve também a sua existência ao direito processual.⁷⁰

Todavia, para que o processo atinja o ideal de efetividade, torna-se necessário que o Estado adote formas diversas de tutela jurisdicional⁷¹ "quanto aos procedimentos e

⁶⁸CHIOVENDA, §29, v.1, p.46.

⁶⁹"Não é suficiente a instituição legal de qualquer procedimento para que se tenha como cumprido o dever constitucional do **due process of law**. Todos os direitos subjetivos merecem completa proteção do estado e esta só realmente existirá quando os instrumentos processuais postos à disposição do indivíduo forem adequados para torná-los **possíveis e eficazes**". (THEODORO JUNIOR, Humberto. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro, Alde Editora, 1987. p.68.

⁷⁰PISANI, Andrea Proto. Breve premessa a un corso sulla giustizia civile (Introduzione). In: **Appunti sulla giustizia civile**. Bari, Cacucci Editore, 1982. p.8-34.

⁷¹"Non esiste un unico processo che offra una unica forma di tutela per tutte le situazioni di vantaggio, ma esistono invece una pluralità di processi ed una pluralità di forme di tutela giurisdizionale; la diversità di questi processi e di queste forme di tutela, e delle loro variegate combinazioni, riflettono la diversità dei bisogni di tutela delle situazioni di vantaggio. (...) perchè sia assicurata la tutela giurisdizionale di una determinata situazione di vantaggio, non basta, non è sufficiente, che a livello di diritto processuale sia predisposto un procedimento quale che sia, ma è necessario che il titolare della situazione di vantaggio violata (o di cui si minaccia la violazione) possa utilizzare un procedimento strutturato in modo tale da potergli fornire una tutela effettiva e non meramente formale o astatta del suo diritto". (PISANI, Breve premessa..., p.11.)

aos conteúdos e às modalidades de atuação das providências", tendo em vista "a diversidade estrutural das situações substanciais carentes de tutela"⁷².

Vale dizer, o processo, como método de aplicação do direito processual, "não pode ser indiferente em relação à natureza dos interesses em conflito"⁷³.

Fala-se, então, em diferentes tipos de processo ou categorias processuais autônomas, tendo em vista as diferentes formas de tutela jurisdicional que se aprestam em função de lides estruturalmente diversas, isto é, que traduzem combinações de situações jurídicas subjetivas inconfundíveis, quanto à necessidade de tutela a que aspiram.

Consoante ressei das lições de CARNELUTTI, a pretensão resistida é o elemento causal da lide, podendo a resistência operar-se basicamente através de duas formas de comportamento: mediante lesão ao interesse que se quer prevalente, ou mediante mera contestação à pretensão. Daí a qualificação da "pretensão insatisfeita" e da "pretensão contestada"; se a mesma pretensão sofre as duas formas de resistência, torna-se simultaneamente "insatisfeita e contestada".⁷⁴

Considerando que o conflito de interesses deva ser regulado pelo direito, a contestação, ainda quando seguida da lesão ao interesse que se quer afirmar como prevalente, juridicamente, induz, quem não é parte no conflito, a supor

⁷²PISANI, I rapporti..., p.44.

⁷³PISANI, Breve premessa..., p.11.

⁷⁴CARNELUTTI, Sistema..., n.124, p.350-1.

um estado de incerteza quanto ao direito em que se fundamenta a pretensão. Isto se o direito não foi previamente reconhecido ao sujeito, pela lei ou por um ato jurisdicional. Decorre daí que as partes litigantes se situam "em posição de igualdade e de equilíbrio, pois não se sabe qual delas está com razão" ⁷⁵.

Se a resistência, entretanto, implica lesão a um interesse já reconhecido como prevalente, ou seja, como autêntico direito subjetivo, torna-se evidente que o sujeito que pretende ocupa uma posição de vantagem real, pois quem resiste manifesta comportamento contrário ao próprio direito objetivo, de caráter imperativo e sancionatório.

À diversidade estrutural destes tipos de lide ou conflitos de interesse deve corresponder a diversidade de tipos de processo, como o de conhecimento e o de execução, reputados autônomos, tanto pelo aspecto funcional quanto pelo aspecto da estrutura, posto que os atos neles desenvolvidos deverão ser adequados aos fins específicos a que naturalmente tendem, para obter a justa composição das respectivas lides. ⁷⁶

Com efeito, a lide da pretensão contestada reclama por "tutela jurídica que objetiva a certificação do direito (...) em torno da existência, conteúdo ou limites da relação de direito material" ⁷⁷. A função processual cognitiva se ca-

⁷⁵LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4.ed. São Paulo, Saraiva, 1980. n.18, p.44.

⁷⁶CARNELUTTI, **Sistema...**, n.117, p.340-1.

⁷⁷PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense, s.d. v.III, p.8.

racteriza, então, pelo escopo de proferir uma decisão, sob a "forma de sentença" ⁷⁸, mediante a qual "o comando **abstrato** (norma material) se individualiza e por isso se transforma em comando **concreto**" ⁷⁹, através do qual se declara quem tem razão.

Para alcançar este "fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso", o processo há de ser estruturado de modo tal que, com as variantes procedimentais que se mostrarem oportunas ou necessárias, permita a intervenção equilibrada das partes e a ampla investigação dos fatos pelo juiz, que aí há de desempenhar "atividade de caráter prevalentemente lógico", "intelectual".⁸⁰

De outro lado, a lide da pretensão insatisfeita aspira por uma tutela de "atuação do direito" ⁸¹ já declarado (consubstanciado em título executivo). A função processual executiva se caracteriza então pelo escopo de "conseguir por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica" (sancionadora) "que não foi obedecida" ⁸². Conseqüentemente, este tipo de processo terá estrutura peculiar ao fim específico por ele colimado, comportando "atividade prevalentemente prática e material" ⁸³, para tornar efetiva a responsabilidade do obrigado.

⁷⁸LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 4.ed. Milano, Dot.A.Giuffrè Editore, 1980. n.77, v.1, p.145.

⁷⁹CARNELUTTI, **Sistema...**, n.40, p.134.

⁸⁰LIEBMAN, **Processo de Execução**, n.18, n.2, p.43-4.

⁸¹PASSOS, p.8.

⁸²LIEBMAN, **Processo de Execução**, n.2, p.4.

⁸³LIEBMAN, **Processo de Execução**, n.18, p.44.

E quanto à tutela cautelar? A esta altura impõe-se um momento de reflexão.

Segundo CALAMANDREI, os critérios que servem para distinguir o processo de conhecimento do processo de execução não coincidem com os critérios que os distinguem, por sua vez, do processo cautelar, cuja estrutura, aliás, é um **misto de cognição e execução**.⁸⁴ "O interesse específico que justifica a emanção de toda e qualquer providência cautelar" processual, consoante se depreende de suas lições, é o de evitar "um perigo de dano jurídico, derivado da demora de uma providência jurisdicional definitiva"⁸⁵.

Semelhante concepção, entretanto, baseia-se em um "critério de relatividade", que não é suficiente para atestar o caráter jurisdicional da tutela cautelar, como já advertia LANCELOTTI⁸⁶, posto que nem sempre o provimento cautelar estará assegurando o interesse em lide que deva ser reconhecido, oportunamente, como prevalente, na tutela definitiva. Em outras palavras, não estará contribuindo para a composição da lide, a razão de ser da jurisdição, porquanto se revelará freqüentemente como providência "que não teria devido existir"; nem mesmo a argumentação de que o processo cautelar atua uma vontade hipotética da lei⁸⁷ poderá salvá-lo eficazmente da crítica de que, no plano da realização dos direitos, poderá estar-se prestando para uma antitutela.

⁸⁴CALAMANDREI, *Introduccion...*, p.35.

⁸⁵CALAMANDREI, *Introduccion...*, p.40.

⁸⁶LANCELOTTI, *Osservazioni critiche...*, p.252.

⁸⁷CHIOVENDA, §11, v.1, p.274.

Se o processo cautelar não pode razoavelmente ser admitido como "instrumento do instrumento"⁸⁸, só lhe resta a possibilidade de reportar-se ao direito substancial. A simples remissão a uma "situação objetiva de perigo" não é dado suficiente, porém, para justificar a jurisdicionalidade da função: há que estabelecer primeiramente uma correlação entre a situação de perigo e um direito que autorize o sujeito, ameaçado por ela em seus interesses, a afastá-la; e, mais, há que cogitar da resistência a esta pretensão para que se possa dar configuração a uma lide cautelar e, com isso, assegurar para o processo cautelar um pressuposto constante.

A jurisdicionalidade da função cautelar depende, portanto, da identificação de uma lide cautelar típica, que por suas características conduza à necessidade de tutela diferenciada. É o que se procurará evidenciar nos desdobramentos da presente pesquisa.

SEÇÃO 3

A LIDE COMO FATO GERADOR DA AÇÃO

A lide, enquanto for identificada apenas como pretensão contestada ou insatisfeita, é "um fato pré-processual"⁸⁹. Para que possa merecer a tutela jurisdicional a que aspira,

⁸⁸CALAMANDREI, *Introduccion...*, p.45.

⁸⁹THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987. n.53-a, v.1, p.65.

precisa encontrar uma "ponte de passagem" que lhe permita "entrar no processo" ⁹⁰.

A **ponte de passagem** que propicia esta transposição da lide, convertendo-a em fato jurídico processual, é precisamente a ação, entendida como o direito de pedir a tutela jurisdicional.

Hoje, depois de superadas as teorias civilistas da ação, já não se duvida, notadamente à vista de ordenamentos jurídicos como o brasileiro, que a ação, posta em confronto com o direito material, revela-se como direito subjetivo público, autônomo, abstrato e instrumental.

Trata-se de direito subjetivo público, porque corresponde à garantia constitucional à tutela jurisdicional. E se é um direito exercido contra o Estado para produzir exclusivamente tal efeito, torna-se evidente que é direito autônomo em relação a quaisquer outros possíveis direitos, que tendem à produção de efeitos diversos.

Embora autônomo, é direito instrumental, porque "só se exercita quando há um motivo", isto é, quando se apresenta "conexo a uma relação de direito material" ou a "uma concreta situação de fato" ⁹¹ em estado de lide, podendo-se concluir, assim, que ao exercer o direito de ação "o autor nada mais faz do que ajuizar a lide" ⁹².

O caráter de abstração, por sua vez, deve-se à circunstância de que a existência do direito de ação "independe

⁹⁰CALAMANDREI, Il concetto..., II - Lite e processo, p.93.

⁹¹MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1966. n.260, v.II, p.27.

⁹²THEODORO JUNIOR, **Curso de...**, n.53-a, v.I, p.65.

de que (...) o autor tenha razão no que pretende" ⁹³. Tanto é assim, que o direito de ação "pode ser satisfeito no processo sem que seja satisfeita a pretensão" ⁹⁴, como ocorre nas hipóteses em que esta é julgada infundada ou improcedente.

A ação, como diz LIEBMAN, é o direito de fazer com que se conheçam e examinem as próprias razões, não o "direito de ter razão" ⁹⁵, o que é válido, até mesmo para o processo de execução, pois não é impensável que o título executivo, que se presume válido e eficaz, não corresponda a um efetivo direito, tanto que pode ser desconstituído judicialmente, mediante ação própria, de conhecimento (embargos).

Atendo-se ao nexó existente entre lide e ação, percebe-se que a lide não é apenas instrumentalizada pela ação, mas que se apresenta também como o fato que "determina a atribuição do direito de ação" ⁹⁶.

A lide, como se sabe, existe primeiramente no mundo dos fatos e aí se apresenta como uma "realidade social" ⁹⁷ ou uma "realidade dialética" ⁹⁸. Mas para que a lide influia "no campo do direito, torna-se necessário que a pretensão seja acompanhada de "razões", ou seja, fatos e fundamentos que autorizam o sujeito a afirmar a prevalência do seu interesse sobre o interesse alheio; daí a observação de CARNELUTTI, no

⁹³MARQUES, *Instituições...*, n.262, v.II, p.30.

⁹⁴CARNELUTTI, *Sistema...*, n.356, p.893.

⁹⁵LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. In: *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*. Padova, Cedam, 1954. v.11, p.135.

⁹⁶CARNELUTTI, *Sistema...*, n.356, p.890.

⁹⁷BUZAID, *Do agravo...*, n.46, p.101-2.

⁹⁸LACERDA, *Comentários...*, n.8, p.38.

sentido de que a pretensão desacompanhada de razões "é uma pretensão inerte ou inútil"⁹⁹, porquanto não se poderá prestar para constituir a ação.

Com efeito, somente a lide da pretensão fundamentada (arrazoada) pode erigir-se como "fato gerador do direito processual de ação"¹⁰⁰, posto que, somente mediante as razões se pode justificar o pedido de tutela e, conseqüentemente, o de produção de determinados efeitos jurídicos.¹⁰¹

A ação, estando necessariamente ligada a uma lide, associa seus elementos estritamente processuais aos elementos da lide, compondo, assim, globalmente, os chamados elementos da ação. Os sujeitos da ação, em princípio, são os sujeitos da lide que ela instrumentaliza, e o juiz, sendo este o destinatário da ação, o sujeito imparcial ou "o elemento constante no exercício da tutela jurisdicional"¹⁰².

O objeto da ação, por sua vez, biparte-se na consideração de um objeto imediato, ontologicamente processual, consistente na "manifestação de vontade dirigida à autoridade judiciária, requerendo desta uma atividade de determinado conteúdo"¹⁰³ e, ainda, de um objeto mediato, coincidente total ou parcialmente com o objeto da lide, qual seja, o bem de vida a que se aspira, o bem controvertido.¹⁰⁴

⁹⁹CARNELUTTI, *Sistema...*, n.123, p.347.

¹⁰⁰LACERDA, *Comentários...*, n.8, p.38.

¹⁰¹CARNELUTTI, *Sistema...*, n.123, p.347-50.

¹⁰²MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual*. 2.ed. São Paulo, Saraiva, 1979. n.133, v.I, p.153.

¹⁰³BUZAID, *Do agravo...*, n.43-E, p.98.

¹⁰⁴CARNELUTTI, *Sistema...*, n.121, p.345.

Por fim, o elemento causal da ação é a pretensão, não simplesmente a pretensão que porventura tenha sido causa da própria lide, mas esta pretensão acompanhada de precisas razões (fatos e fundamentos), tal como o autor terá podido articulá-la e que, segundo a teoria da substanciação, configura a **causa petendi** ¹⁰⁵.

Do que foi exposto, sobressai implicitamente que à unidade de lide (conflito de interesses) não corresponde necessariamente a unicidade de ação.

Na verdade, a mesma lide pode gerar uma, duas ou mais ações, consoante o sujeito da pretensão opere uma cisão quanto aos elementos objetivo e causal da lide, para o efeito de constituir ação. Daí a observação de CARNELUTTI no sentido de que "uma lide pode ser levada ao processo por todas ou por algumas apenas de suas questões" ¹⁰⁶.

O fato de se admitir como possível a pluralidade de ações relativamente a mesma lide não significa, porém, que a lei favoreça este tipo de atuação. Razões de "economia e justiça" ¹⁰⁷ induzem a que, na medida do possível, o fenômeno não deve ocorrer. Prova disto é que, até mesmo no caso de lides conexas, que geram ações, procura-se atingir o ideal de economia processual e de efetividade da jurisdição, propiciando-se acumulação inicial de ações na mesma demanda e,

¹⁰⁵MAPQUES, **Instituições...**, n.268, p.36.

¹⁰⁶CARNELUTTI, **Sistema...**, n.360, p.907..

¹⁰⁷CARNELUTTI, **Sistema...**, n.362, 366, p.909, 920.

quando não, estimulando a reunião ulterior de ações conexas no mesmo processo.¹⁰⁸

Casos há, entretanto, como ressalta o próprio CARNELUTTI, em que "o direito não deve opor obstáculos à limitação do processo em confronto da lide", desde que esta limitação se ajuste à "lei econômica do mínimo meio"¹⁰⁹. Considerando que a lide referida por CARNELUTTI identifica-se, aqui, com o fato social do conflito de interesses, tem-se que o seu enunciado corresponde, na verdade, à afirmação de que o direito não deve opor obstáculos à limitação da ação em confronto da lide pré-processual. Assim é que, valorizando a aplicação do princípio dispositivo, admite que o autor possa reclamar por uma tutela meramente declaratória, desacompanhada portanto de pedido condenatório, quando repute que seja suficiente para alcançar a composição de lide em que a pretensão se apresenta resistida não apenas pela contestação, mas também pela lesão ao interesse.

Nem por isso CARNELUTTI hesitou em restringir a eficácia do mesmo princípio dispositivo, ao sustentar que "exigências práticas atuam no sentido oposto", tornando necessária a existência de ações distintas, como a ação de conhecimento, a ação executiva e a ação cautelar, relativamente à mesma lide.¹¹⁰

¹⁰⁸A imposição de preclusão quanto à alegação de questões não deduzidas, na hipótese do art.474 do Código de Processo Civil revela, também, uma opção de política processual que restringe a manifestação do fenômeno. De outro lado, a dualidade de ações, relativamente a mesma lide, mostra-se presente em casos como os de continência (art.104) e, evidentemente, em certos casos de reconvenção, quando então o réu não se limita a opor exceção à pretensão do autor para infirmá-la, mas lhe contrapõe, formalmente, mediante ação, a sua própria contrapretensão, para fazer valer o seu próprio (suposto) direito.

¹⁰⁹CARNELUTTI, **Sistema...**, n.365, p.917.

¹¹⁰CARNELUTTI, **Sistema...**, n.362, p.909-10.

LIEBMAN, no que diz respeito particularmente à ação cognitiva (condenatória) e à ação executiva, incidentes sobre o mesmo conflito de interesses, retoma, e com maior vigor, o argumento, inadmitindo a possibilidade de cumulação de pedidos na mesma ação.¹¹¹ Todavia, a presunção de que o provimento condenatório pode ser suficiente para eliminar, por inteiro, o litígio animado por uma pretensão contestada e insatisfeita, "não satisfaz as expectativas da completa, autêntica e mais eficaz tutela jurisdicional"¹¹².

Com efeito, a exigência de dualidade de ações e processos para compor a mesma lide não convence, traduzindo-se em tecnicismo, pelo qual se cria artificialmente a necessidade de gerar organismos processuais distintos, para a atuação dos métodos cognitivo e executivo que, com a mesma eficácia, poderiam desenvolver-se em fases sucessivas de um mesmo processo, de uma mesma relação processual.

É que inexistente, realmente, "uma contradição básica e necessária" entre as funções cognitiva e executiva "que exija forçosamente a sua apreciação em 'ações' ou 'procedimentos' separados e irredutíveis", tanto que "ações de largo uso como as possessórias, as de despejo, as de depósito, as cautelares, as de busca e apreensão (...) e tantas outras

¹¹¹"A execução, embora possível, nem sempre é necessária e freqüentemente o credor não precisa lançar mão dela. Saliu-se assim a autonomia da função jurisdicional decisória na sua finalidade de verificação e formulação da regra jurídica válida para o caso concreto. Conclui-se daí que a ação condenatória, da mesma forma que as outras ações, morre por consumação, isto é, por haver atingido o seu fim no momento em que passa em julgado a sentença. A execução, na eventualidade de ser proposta, representa novo e separado processo". (LIEBMAN, *Processo de Execução*, n.19, p.45.)

¹¹²THEODORO JUNIOR, *A execução...*, p.75.

têm em comum a unidade de procedimento e o desconhecimento da ação de execução"¹¹³ .

O critério da ação, portanto, diante de sua relatividade, não recomenda a sua atuação como fator distintivo das funções cognitiva, executiva e cautelar. Pense-se, por exemplo, na hipótese de ação possessória, em razão da qual sobrevenha, progressivamente: a) medida liminar de reintegração de posse sobre parte do imóvel demandado pelo autor; b) sentença reconhecendo o direito de posse sobre a totalidade do imóvel, e, finalmente, c) mandado de reintegração, para dar completa atuação ao direito já declarado. Mediante uma única ação, o autor obteve tutela de caráter cautelar, cognitivo e executivo.

A despeito do quanto foi dito, entretanto, a autonomia do processo de execução não é posta em dúvida. Conquanto se possa sustentar que a exigência de ação condenatória e de ação executiva, em relação ao mesmo conflito de interesses, revela-se como exigência apenas formal, pode esta dualidade corresponder ao interesse do autor, não se podendo, pois, descartar a utilidade de uma ação executiva autônoma, movida pela subsistência da lide quanto à pretensão insatisfeita, depois de eliminada a contestação.

O dado decisivo, entretanto, que dá autonomia à função executiva, descartando a possibilidade de que se possa converter em mera fase executiva de um processo, é a constatação de que a lide da pretensão insatisfeita pode surgir

¹¹³THEODORO JUNIOR, *A execução...*, p.151-2.

independentemente da contestação à pretensão, reclamando por uma tutela exclusiva de atuação do direito. É o que se dá quando o autor fundamenta a sua pretensão em título executivo extrajudicial.

Quanto à autonomia do processo cautelar, porém, permanece a perplexidade.

Afirma-se que o fato gerador da ação cautelar é a necessidade de segurança em torno de uma pretensão. Mas se toda a ação decorre de uma lide e se lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão contestada (que gera ação cognitiva) ou por uma pretensão insatisfeita (que gera ação executiva), a conclusão lógica parece ser a de que o motivo da ação cautelar é a **necessidade de segurança** em torno da pretensão contestada ou resistida.

Todavia, nem esta conclusão favorece a concepção de autonomia para a função cautelar. Admitindo que o fundamento da necessidade de segurança (**causa petendi**) seja de natureza processual, incidir-se-á na objeção, já mencionada, quanto à relatividade da ação cautelar que, ao menos no plano lógico, teria de ser uma constante. Se o fundamento, porém, for de direito substancial, incorrer-se-á então no pecado mais grave de ter de admitir a relatividade do próprio direito em que se funda o pedido de segurança.

Resta, porém, uma alternativa, que não pode deixar de ser investigada. Prende-se à possibilidade de que a necessidade de segurança não esteja diretamente vinculada à resis-

tência à pretensão que se quer preservar, mas à resistência a outra pretensão, isto é, à pretensão à segurança da pretensão, cujos fundamentos, porém, haverão de ser explicitados.

SEÇÃO 4

A LIDE COMO FATOR CONDICIONANTE DA AÇÃO

A ação, como direito ilimitado, configura-se apenas em um plano ideal ou no plano constitucional, porque "para o sistema do direito processual civil" ela sofre "uma especificação, uma determinação, um particular grau de condensação" ¹¹⁴.

As limitações processuais ao exercício da ação, entretanto, não se constituem em previsão discriminatória quanto à distribuição da justiça, mas sim em previsão geral e racionalizadora da tutela jurisdicional, orientada para os conhecidos ideais de **economia processual e justiça**.

Com efeito, mediante as chamadas condições da ação, procura-se dar atuação aos princípios da "economia dos juízos" ¹¹⁵ e da efetividade da jurisdição. Afinal, se a jurisdição corresponde a uma função do Estado, desempenhada por órgãos públicos, que são constantemente provocados através da ação, o exercício desta teria de ser mesmo disciplinado para atingir resultados socialmente úteis e práticos.

¹¹⁴LIEBMAN, L'azione..., p.450.

¹¹⁵SANTOS, Moacyr Amaral. **As condições da ação no despacho saneador**. São Paulo, s.ed., 1946. p.5-7.

A ação, consistindo em direito subjetivo ao processo, "antecede o processo e dá causa ao seu nascimento"¹¹⁶. Manifesta concretamente o seu exercício, porém, através de atos processuais, a começar pela demanda ou petição inicial. Daí a razão pela qual se se diz que o processo civil é do tipo **dispositivo**¹¹⁷, "um processo de ação"¹¹⁸, em que impera o "princípio da demanda"¹¹⁹. A ação, portanto, constitui o processo, atua no processo "e pode subsistir ao processo"¹²⁰, quando este se extingue anormalmente, sem compor a lide ajuizada, o que ocorre, basicamente, por falta das condições da ação e por ausência de pressupostos processuais.

Se a ação pode ser isolada do processo, as condições da ação poderão também ser destacadas dos pressupostos processuais. Estes são requisitos "de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo" (art.267, IV, do Código de Processo Civil). As condições da ação, por sua vez, são requisitos que visam delimitar o âmbito da instrumentalidade que a ação exerce em relação à lide pré-processual.

LIEBMAN, cuja teoria sobre a ação enfatiza o natural condicionamento da ação processual, apontou, inicialmente, como seus requisitos, o **interesse de agir** ("o interesse do autor em obter a providência pedida"); a **legitimação para**

¹¹⁶BUZAID, *Do agravo...*, n.40, p.90.

¹¹⁷ARAGÃO, Egas D.Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1974. n.431, v.II, p.364-6.

¹¹⁸BUZAID, *Do Agravo...*, n.46, p.101-2.

¹¹⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, 34:21-2, 1984.

¹²⁰BUZAID, *Do agravo...*, n.40, p.90.

agir ("a pertença da ação àquele que a propõe e em confronto da contraparte"); e a **possibilidade** jurídica ("que é a admissibilidade em abstrato da providência pedida, segundo as normas vigentes").¹²¹

Uma enunciação, assim descritiva das condições da ação, põe em evidência que se trata de requisitos subjetivos e objetivos a que deve sujeitar-se a ação, para que possa validamente instrumentalizar a lide e projetá-la eficazmente no processo.

Dentre as condições da ação, o **interesse de agir** merece especial atenção. Desde que se consolidou a concepção da ação como direito autônomo e abstrato, não podem mais assumir nenhuma relevância as teorias, como as que foram sustentadas por SATTA¹²² e INVREA¹²³, que identificavam o interesse de agir com o próprio interesse substancial deduzido em juízo.

Como disse CARNELUTTI, "o interesse em lide" não se confunde com "o interesse na composição da lide"¹²⁴.

ATTARDI¹²⁵, Antonio NAZI¹²⁶ e ALLORIO¹²⁷, em seus estudos a propósito do interesse processual de agir, concluí-

¹²¹LIEBMAN, L'azione..., p.448.

¹²²SATTA, p.105-9.

¹²³INVREA, Francesco. Interesse e azione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, 5:320-39, 1928.

¹²⁴CARNELUTTI, *Sistema...*, n.356, p.891.

¹²⁵ATTARDI, Aldo. Interesse ad agire. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1957. v.VIII, p.840-4.

¹²⁶NAZI, Antonio. Interesse ad agire. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano, Dott.A.Giuffrè Editore, 1972. v.XXII, p.28-46.

¹²⁷ALLORIO, Enrico. Bisogno di tutela giuridica. *Jus-Rivista di Scienze Giuridiche*, Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, p.547-61, 1954.

ram que este requisito da ação, após a sistematização do direito processual civil, perdeu sua relevância, para transformar-se em fórmula inútil ou redundante, tanto que a necessidade de tutela estaria já evidenciada na formulação de pedidos, como os de natureza cognitiva ou executiva, correspondentes às respectivas ações.

O próprio CARNELUTTI, respondendo às críticas de CALAMANDREI, que o acusava de ter destruído a noção de interesse processual com a projeção que deu à lide ¹²⁸, confirmou a inutilidade do conceito, comparando-o à "quinta roda do carro", porquanto "a necessidade, em que a parte se encontra, de valer-se do processo", não representa outra coisa "senão o reflexo da existência da lide" ¹²⁹.

Nas definições que, ainda hoje, comumente são feitas a propósito do interesse processual, transparece a equivalência com a noção de lide. ¹³⁰

Mas, ainda que se admita que o interesse processual se constitui em projeção da lide ou do conflito de interesses e que, como reconheceu LIEBMAN, em certas ações o referido interesse "se dá por deduzido com a afirmação de um direito não satisfeito" ¹³¹, ainda assim não há motivo para qualificar como inútil esta peculiar condição da ação.

¹²⁸CALAMANDREI, Il concetto..., 1 - Lite e giurisdizione, p.21.

¹²⁹CARNELUTTI, Lite e processo..., p.102.

¹³⁰"De regra, o interesse processual nasce diante da resistência que alguém oferece à satisfação da pretensão de outrem, porque este não pode fazer justiça pelas próprias mãos. Essa resistência pode ser formal, declarada, ou simplesmente resultante da inércia de alguém que deixa de cumprir o que o outro acha que deveria. Há, ainda, interesse processual quando a lei exige expressamente a intervenção do Judiciário, como, por exemplo, nas chamadas ações constitutivas necessárias, em que a norma legal proíbe que as partes realizem certas modificações no mundo jurídico por meio de atos negociais privados, tornando obrigatória a decisão judicial". (GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 1981. v.1, p.73.

¹³¹LIEBMAN, **Manuale...**, n.74, p.138.

É que o estado de lide, a lide pré-processual, não se projeta de modo informal e espontâneo no processo. Na verdade, o exercício da ação não se compraz, como sugere BUZAID, com a simples denúncia ao juiz da existência do conflito; "ao contrário, o autor, além de expor ao juiz as circunstâncias de fato e outros elementos, que provocaram o conflito, deve pedir-lhe uma concreta providência que considere adequada ao caso e capaz de satisfazer o seu interesse" ¹³².

O interesse de agir tem, pois, valor genérico e atuante, na medida em que é através desta condição que se exige do autor que defina, na demanda, a lide que o impulsiona, revelando, assim, a necessidade de tutela e a "idoneidade da providência pedida" ¹³³ para a satisfação do **interesse em lide**.

Há que notar, porém, que "o reconhecimento da subsistência do interesse de agir não significa que o autor tenha razão" ¹³⁴, mas apenas que o pedido de tutela tem condições de ser processado.

As demais condições da ação, como a **possibilidade jurídica do pedido** e a **legitimação para agir**, traduzem-se igualmente em requisitos limitativos quanto a instrumentalização da lide através da ação.

A possibilidade jurídica do pedido representa, na verdade, um desdobramento da condição objetiva do interesse de agir. É que a necessidade de tutela e a adequação do pe-

¹³²BUZAID, *Do agravo...*, n.43-D, p.97.

¹³³LIEBMAN, *Manuale...*, n.74, p.137.

¹³⁴LIEBMAN, *Manuale...*, n.74, p.137.

dido, para produzir um resultado reputado útil pelo autor, serão levados em consideração só se o ordenamento jurídico, "por motivos de ordem pública ou de política legislativa" ¹³⁵, não proibir ¹³⁶ "que a lide acaso existente entre as partes seja trazida a juízo" ¹³⁷.

A legitimação para agir, por sua vez, é a condição que estabelece os requisitos subjetivos para a operacionalização da lide em relação ao processo; é a condição que diz respeito à titularidade ativa e passiva da ação, enquanto se exige que o autor seja "a pessoa a quem pertence o interesse de agir" ¹³⁸ e que o réu seja aquele em confronto do qual o autor é movido a agir, salvo os casos de legitimação extraordinária, expressamente previstos em lei. Vale dizer, portanto, que os sujeitos da ação serão, em princípio, os sujeitos da lide pré-processual, que vem afirmada em juízo. ¹³⁹

A falta de qualquer das condições da ação dá ensejo, como se sabe, ao juízo da **carência de ação**, através do qual se determina a extinção anormal do processo, isto é, sem a satisfação da ação.

As condições da ação se aplicam a toda e qualquer ação, ainda que na prática processual se dê maior relevo ao

¹³⁵GRECO FILHO, v.1, p.77.

¹³⁶"A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável. Se a lei contiver um tal veto, será caso de impossibilidade jurídica do pedido; faltarão uma das condições da ação". (ARACÃO, **Comentários...**, n.504, p.436.)

¹³⁷THEODORO JUNIOR, **Cursó...**, n.53, v.1, p.57.

¹³⁸LIEBMAN, **Manuale...**, n.74, p.139.

¹³⁹"A titularidade se apura em vista da relação jurídica de direito material em que surge o conflito de interesses. Eventualmente, poderá a relação jurídica objeto do litígio ser outra relação processual, como no caso da rescisão de sentença, por incompetência funcional do juiz que a prolatara. Neste caso, a legitimidade para a ação se apurará em vista da titularidade da relação processual em que a sentença rescindenda fora proferida". (ARACÃO, **Comentários...**, n.506, p.437.)

exame destas condições relativamente à ação de conhecimento. Mas também a ação de execução se apresenta condicionada, embora a relativa tipicidade desta ação reduza parcialmente a importância da avaliação dos seus requisitos.

Com efeito, a possibilidade jurídica do pedido apenas se afirmará se a ação se fundar em título executivo. O interesse processual, por sua vez, evidenciar-se-á tão-somente com a demonstração de que há inadimplência quanto à obrigação estampada no título, o que revela a lide típica, da pretensão exclusivamente insatisfeita.¹⁴⁰ A legitimação será aferida, então, pela correspondência dos sujeitos da ação com os sujeitos da lide, que ostentam a qualidade de credor e devedor, segundo o título.

É com referência às ações cautelares, entretanto, que se situam as maiores dificuldades na identificação das condições da ação, especialmente quanto ao interesse de agir.

Os requisitos específicos do pedido cautelar, **periculum in mora** e **fumus boni iuris**, comumente são identificados como requisitos da ação cautelar, tal como sustentam Aguiar SILVA¹⁴¹, THEODORO JUNIOR¹⁴² ou Moura ROCHA¹⁴³.

¹⁴⁰Portanto, somente quando se registra a situação de fato indicativa da falta de cumprimento espontâneo da obrigação, resultante de título de execução, é que aparece a devida oportunidade para que o credor possa pedir ao Estado-julz que faça atuar a sanção, seja a título judicial ou extrajudicial". (SILVA, Antonio Carlos Costa e. **Da jurisdição executiva e dos pressupostos da execução civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1980. p.86.

¹⁴¹SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. Ação cautelar. In: **Digesto de Processo**. Rio de Janeiro, Forense, 1980. v.1, p.8.

¹⁴²THEODORO JUNIOR, **Processo cautelar**, n.48, p.71-2.

¹⁴³ROCHA, José de Moura. **Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Aide Editora, 1981. v.VIII, p.55-62.

Todavia, se prevalecerem tais opiniões, outra alternativa não resta senão a de concordar com Ovidio B.da SILVA, no sentido de que a atividade jurisdicional cautelar se desenvolveria no vácuo¹⁴⁴, tanto que, como contrapõe Moniz de ARAGÃO, não haveria mesmo oportunidade para o juiz "conceder ou negar a medida, pois a sentença estará encerrada tão logo o magistrado verificar a presença, ou a ausência, das 'condições da ação'" ¹⁴⁵.

O tema exige elucidação, sob pena de se comprometer a própria subsistência do processo cautelar. E a solução, consoante se tem insistentemente afirmado, está na identificação da lide cautelar, que possa impulsionar a ação e, através dela, projetar-se no respectivo processo validamente, isto é, com os normais condicionamentos, a fim de que possa então merecer a justa composição.

SEÇÃO 5

A LIDE COMO OBJETO DO PROCESSO

O conflito de interesses ou a lide pré-processual, como se tem repetidamente salientado, é o fato gerador da ação; para que esta lide seja validamente ajuizada, isto é, para que possa entrar e permanecer eficazmente no processo, é preciso que, em atenção aos princípios racionalizadores da jurisdição, mereça uma definição quanto aos seus aspectos

¹⁴⁴SILVA, Ovidio Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro, Forense, 1979. p.236.

¹⁴⁵ARAGÃO, Egas D.Moniz de. **Medidas cautelares inominadas**. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro, 57:63, 1988.

subjetivos e objetivos, o que se faz mediante a observância das condições da ação. A lide ajuizada, assim depurada, passa a compor, então, "o objeto fundamental do processo"¹⁴⁶, ou seja, o **mérito da causa** ou a **res in iudicium deducta**.

A transformação pela qual passa a lide foi agudamente notada por LIEBMAN, que enfatizou o papel decisivo do pedido do autor, na demanda, para a determinação do objeto do processo, cujo limite, na verdade, não é materialmente modificado pela contestação do réu, tanto que esta pode ampliar o objeto do conhecimento do juiz, mas não o objeto de sua atuação, ou objeto da causa:

Este conflito de pedidos forma a matéria lógica do processo e o elemento formal de seu objeto, ao passo que o conflito de interesses, na medida em que foi deduzido em Juízo, representa o seu substrato material. Este conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a **lide**, ou seja, o **mérito da causa**. A lide é aquele conflito, depois de moldado pelas partes, e vasado nos pedidos formulados ao juiz.¹⁴⁷

O Código de Processo Civil, como não podia deixar de ser, buscando um rigor terminológico, "usa a palavra 'lide' para designar o mérito da causa", pois concebe a lide como "o objeto principal do processo", onde "se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes"¹⁴⁸.

¹⁴⁶BUZAID, *Do agravo...*, n.48, p.104.

¹⁴⁷LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 104:222, 1945.

¹⁴⁸BUZAID, *Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil de 1973*, n.6.

Diz-se, comumente, que "o que se pede em via principal", vale dizer, pela via da ação, "que o juiz decida de modo definitivo para eliminar um tipo de conflito, isto é, a lide" ¹⁴⁹.

Um conceito assim deixa antever que a lide pode se fundar tanto em razões de ordem processual, como de direito material. Mas, de outro lado, põe em evidência uma noção, mais ou menos generalizada, que é restritiva quanto à definição do mérito.

Com efeito, o que se nota é que a concepção sobre o mérito do processo, tal como se dá com a concepção sobre as condições da ação, desenvolve-se basicamente em torno do processo de conhecimento.

O próprio LIEBMAN incide neste comportamento. Considerando que no processo de conhecimento o pedido do autor "provoca necessariamente a solução de questões jurídicas e pode levar a uma decisão tanto favorável quanto desfavorável", conclui que "por isso mesmo, o pedido do autor propõe ao juiz uma lide" ¹⁵⁰.

E para dissociar o objeto do processo de execução da noção de lide, acrescenta:

Diferentes se apresentam as coisas na execução. Aqui o pedido está baseado no título executório, que determina inquestionavelmente - para os efeitos da execução - a regra sancionadora que deve ser efetivada: não cabe mais ao juiz julgar e sim, sim-

¹⁴⁹ROSA, Eliézer. *Leituras de processo civil*; generalidades sobre doutrina processual civil. Rio de Janeiro, Guanabara, 1970. p.31.

¹⁵⁰LIEBMAN, *Processo de execução*, n.22, p.58-9.

Diz-se, comumente, que "o que se pede em via principal", vale dizer, pela via da ação, "que o juiz decida de modo definitivo para eliminar um tipo de conflito, isto é, a lide" ¹⁴⁹.

Um conceito assim deixa antever que a lide pode se fundar tanto em razões de ordem processual, como de direito material. Mas, de outro lado, põe em evidência uma noção, mais ou menos generalizada, que é restritiva quanto à definição do mérito.

Com efeito, o que se nota é que a concepção sobre o mérito do processo, tal como se dá com a concepção sobre as condições da ação, desenvolve-se basicamente em torno do processo de conhecimento.

O próprio LIEBMAN incide neste comportamento. Considerando que no processo de conhecimento o pedido do autor "provoca necessariamente a solução de questões jurídicas e pode levar a uma decisão tanto favorável quanto desfavorável", conclui que "por isso mesmo, o pedido do autor propõe ao juiz uma lide" ¹⁵⁰.

E para dissociar o objeto do processo de execução da noção de lide, acrescenta:

Diferentes se apresentam as coisas na execução. Aqui o pedido está baseado no título executório, que determina inquestionavelmente — para os efeitos da execução — a regra sancionadora que deve ser efetivada: não cabe mais ao juiz julgar e sim, sim-

¹⁴⁹ROSA, Eliézer. **Leituras de processo civil**; generalidades sobre doutrina processual civil. Rio de Janeiro, Guanabara, 1970. p.31.

¹⁵⁰LIEBMAN, **Processo de execução**, n.22, p.58-9.

plesmente, realizar as atividades decorrentes do conteúdo do título. O pedido do exequente visa provocar estas atividades. A tarefa do juiz consiste apenas em realizá-las. A execução tem sempre objetivo unívoco: satisfazer o direito do exequente; objetivo que poderá deixar de ser atingido unicamente na medida em que a execução resultar infrutífera. Desse modo, objeto do processo de execução não é a lide, que já foi resolvida.¹⁵¹

Mas, se o mérito da causa é de fato a lide ajuizada e se, de outro lado, admite-se que a execução nasce da existência ou subsistência de um conflito de interesses em que a pretensão, embora incontestada, apresenta-se insatisfeita, não há por que vincular a noção de mérito apenas à resolução definitiva de questões que um determinado tipo de lide suscita (muito embora esta ênfase seja relevante para o processo de conhecimento, especialmente para a determinação do alcance da coisa julgada).

Como deflui do ensinamento de DINAMARCO, as questões de mérito não se identificam exatamente com o próprio mérito, assim como as questões processuais, pertinentes aos chamados pressupostos processuais e às condições da ação, não haverão de confundir-se com o próprio processo ou com a ação.¹⁵²

Com estes reparos, torna-se possível detectar o mérito de uma causa, independentemente das questões que possam ser suscitadas em torno dele. Conseqüentemente, pode-se admitir que no processo de execução existe também, e necessa-

¹⁵¹LIEBMAN, *Processo de execução*, n.22, p.59.

¹⁵²DINAMARCO, *O conceito...*, p.36.

riamente, o mérito, delineado pelo pedido do autor, que traz para o processo a lide da pretensão insatisfeita.

DINAMARCO não hesita em afirmar que no processo de execução existe efetivamente mérito, o qual, porém, "não será julgado"; "o fato de eventual julgamento a respeito ter outra sede (a dos embargos), não significa que mérito inexistia naquele processo" ¹⁵³ .

Enfatizando a relevância da lide, que, mediante suas dimensões sociológica e jurídica, se situa como pressuposto e objeto necessário do processo, consegue-se explicar, unitaria e satisfatoriamente, a natureza jurisdicional da tutela cognitiva e executiva.

A despeito das dificuldades que até este momento se tem salientado, quanto à identificação de uma lide ou porção de um conflito de interesses que possa motivar, autonomamente, a tutela cautelar, aproximando-a dos demais gêneros de tutela, até mesmo na justificação de sua própria jurisdicionalidade, parece evidente que a função cautelar, atuando em juízo, não pode deixar de ter objeto próprio, uma **res in iudicium deducta**.

Não há como deixar de admitir que este objeto diz respeito à necessidade da segurança em torno de uma pretensão, em razão de uma situação de perigo que ameaça causar lesão ou agravamento de lesão ao interesse que a anima. O

¹⁵³DINAMARCO, O conceito..., p.37.

que se discute, basicamente, repita-se, é se o fundamento da pretensão à segurança é de ordem necessariamente processual ou não, do que depende, como se tem insistentemente insinuado, a compreensão quanto à autonomia e à extensão da tutela cautelar.

No próximo capítulo procurar-se-á demonstrar que o conteúdo da função cautelar é ordinariamente de natureza substancial, o que amplia o âmbito de sua atuação, pelo escopo de promover a composição da lide que lhe é peculiar, situando-a no mesmo pé de igualdade das demais funções, como manifestação de tutela jurisdicional de direitos.

CAPÍTULO III A LIDE CAUTELAR

SEÇÃO 1 TEORIAS SOBRE A LIDE NO PROCESSO CAUTELAR

O processo de conhecimento e o processo de execução são autônomos porque atuam, com métodos próprios, sobre situações subjetivas em conflito, estruturalmente diversas, as quais lhes asseguram pressupostos e conteúdos específicos, direcionando-os para a tutela jurisdicional de direitos.

Quanto ao processo cautelar, entretanto, que se vem insinuando como *tertium genus*, tem-se dito que a sua eficácia sobre a lide, como conflito substancial de interesses, é apenas "mediata, através de outro processo"¹⁵⁴, cognitivo ou executivo: "não é o direito material que assegura o exercício" da ação cautelar, "mas o risco processual de ineficácia da prestação definitiva sob influência inexorável do tempo que se demanda para alcançar o provimento definitivo no processo principal"¹⁵⁵.

Sob este prisma é que se pode compreender o real significado das referências feitas por LIEBMAN, no sentido de

¹⁵⁴CARNELUTTI, *Trattato...*, n.234, p.356.

¹⁵⁵THEODORO JUNIOR, *Processo cautelar*, n.40, p.60.

que "a jurisdição cumpre o inteiro ciclo de suas funções principais" mediante a cognição e a execução, às quais se agrega a função cautelar, com "uma finalidade auxiliar e subsidiária (...) destinada a assegurar, a garantir o eficaz desenvolvimento e o profícuo resultado das outras duas", concorrendo, assim, "mediatamente para a obtenção dos escópos gerais da jurisdição" ¹⁵⁶.

As teorias que procuram sustentar a instrumentalidade da ação e do processo cautelar, em relação à ação e ao processo não cautelar, encontram, porém, óbices de difícil superação.

A **teoria de CARNELUTTI**, no sentido de que a função cautelar tem por fim a "composição provisória da lide" ¹⁵⁷, deixa sem explicação, como já observara LANCELOTTI ¹⁵⁸, qual seja até mesmo o pressuposto da ação cautelar, nas freqüentes hipóteses em que o pedido de segurança se dissocia de uma pretensão contestada ou insatisfeita. É o que ocorre, por exemplo, com o arresto dos bens do devedor que ameaça frustrar a sua responsabilidade patrimonial, diante de um crédito ainda sujeito a termo e cuja existência, porque fundada em título executivo extrajudicial, não é contestada.

A reformulação de CARNELUTTI, no sentido de que a função cautelar serve à "tutela do processo" ¹⁵⁹ também não

¹⁵⁶LIEBMAN, *Manuale...*, n.96, p.193.

¹⁵⁷CARNELUTTI, *Sistema...*, n.72, p.208.

¹⁵⁸LANCELOTTI, n.20, p.265-6.

¹⁵⁹CARNELUTTI, *Trattato...*, n.234, p.355-6.

lhe socorre. O provimento cautelar pode agravar a situação do referido processo, ao invés de prestar-lhe proteção, como ocorre nas hipóteses em que penaliza o interesse que, na tutela definitiva, surge como o interesse prevalente, ensejando até mesmo a ampliação da tutela ressarcitória. Nem mesmo o argumento de que a ação cautelar é abstrata, como qualquer ação, pode afastar a objeção, porquanto o caráter de abstração diz respeito ao resultado da ação, ao fundamento da pretensão que ela instrumentaliza, mas não ao fim do processo.

A **teoria de Galeno LACERDA** constitui-se em variante da de **CARNELUTTI**. Reconhecendo "a importância da lide como nota essencial da jurisdição" ¹⁶⁰ e que esta suscita no processo a apreciação de "**questões** controvertidas, de direito e de fato, que exigem, todas e cada uma, qualquer que seja o seu objeto e conteúdo, a decisão jurisdicional do juiz" ¹⁶¹, conclui que o processo cautelar tem lide própria, "derivada da principal, tendo por objeto apenas a questão da cautela" ¹⁶². Trata-se, todavia, de questão "meramente processual", porquanto o interesse que a anima "resulta da necessidade de segurança para a garantia do processo principal" ¹⁶³.

Diante destas considerações é que, enfatizando a "dependência teleológica" ¹⁶⁴ do processo cautelar a outro tipo de processo, extrai a fórmula de que aquele se destina não à

¹⁶⁰LACERDA, **Comentários...**, n.6, p.20.

¹⁶¹LACERDA, **Comentários...**, n.6, p.22.

¹⁶²LACERDA, **Comentários...**, n.6, p.26.

¹⁶³LACERDA, **Comentários...**, n.10, p.55.

¹⁶⁴LACERDA, **Comentários...**, n.1, p.3-4.

"composição provisória da lide", mas à composição da "lide parcial", pertinente à questão da segurança, trazida ao processo pela "ação cautelar", cuja **causa specialis** revela que "entre a lide principal e a lide cautelar ocorre aquela espécie de conexão que se define como **continência**" ¹⁶⁵.

A despeito do conteúdo próprio que esta teoria procurou conferir ao processo cautelar, percebe-se que, enquanto este conteúdo for identificado com a mencionada questão processual de segurança, a composição da lide parcial equivale, quanto aos efeitos, exatamente ao fim de tutelar o processo definitivo, sendo, assim, passível das mesmas críticas dirigidas às formulações de CARNELUTTI.

Ademais, se o próprio autor da teoria reconhece que "entre a ação cautelar e a principal existe um vínculo lógico de continência" ¹⁶⁶, sempre constante, a dualidade de ações somente pode merecer justificativa de natureza formal.

Não obstante, Galeno LACERDA insiste na argumentação de que só ocorre manifestação do processo cautelar pela via da ação acessória, em razão da qual, "além da possibilidade de liminar, haverá contraditório, instrução e sentença, ou seja, todas as fases próprias da cognição contenciosa" ¹⁶⁷. Daí que as providências cautelares determinadas no curso de um processo definitivo, inclusive de ofício, bem como certos procedimentos cautelares autônomos, que dispensam a imediata

¹⁶⁵LACERDA, **Comentários...**, n.6, p.26.

¹⁶⁶LACERDA, **Comentários...**, n.9, p.46.

¹⁶⁷LACERDA, **Comentários...**, n.6, p.27.

referibilidade a um processo principal, recebem a qualificação de "cautelas administrativas" ou de atividades de "jurisdição" voluntária, porque se supõe que "se apresentam desacompanhadas de questão" ¹⁶⁸ processual, nos moldes antes mencionados, dispensando por isso juízo decisório.

Todavia, cautelas de ofício, como o arresto dos arts. 653 e 654, do Código de Processo Civil, bem como certos procedimentos autônomos, como os de produção antecipada de prova, ajustam-se, tanto quanto as providências que decorrem de ações cautelares (dependentes), ao fim de tutelar um processo definitivo, atual ou futuro.

A relatividade do critério processual, para a afirmação da autonomia da função cautelar, tem ensejado, sabidamente, a formulação de concepções contrárias, pelas quais se prestigia um critério de natureza substancial.

Ugo ROCCO, sem desprezar o fim de prevenção que a tutela cautelar exerce em confronto com a tutela definitiva, não hesitou em identificar o seu fim imediato na eliminação de perigos que ameaçam diretamente os "interesses substanciais ou processuais tutelados pelo direito objetivo" ¹⁶⁹.

Carlo CALVOSA, por sua vez, situou a tutela cautelar em posição equivalente às das demais funções processuais, pelo fim de assegurar, complementarmente à tutela normativa, a prevalência de situações jurídicas substanciais favoráveis "contra o temor da transgressão ou contra a impossibilidade

¹⁶⁸LACERDA, *Comentários...*, n.6, p.27-8.

¹⁶⁹ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1959. v.5, p.56-7.

de atuação da sanção" ¹⁷⁰, com a ressalva de que, em sede cautelar, "a incerteza em torno da situação jurídica subjetiva qualifica a situação cautelanda como provisória" ¹⁷¹.

Uma vez que se está perquerindo sobre a **lide cautelar**, parece que seria possível enquadrar a concepção de CALVOSA como a que vincula a função cautelar ao fim de compor uma **lide provisória**, configurável pelo conflito de situações jurídicas subjetivas em torno de um estado de perigo, em que sobressai a pretensão à segurança de um interesse substancial, que se afirma, pelo menos provisoriamente, prevalente, à luz do direito objetivo.

A crítica que se pode contrapor à teoria de CALVOSA é a de que, muito embora reúna todas as manifestações do fenômeno cautelar, inclusive as cautelas convencionais ou negociais ¹⁷² sob um critério substancial, impõe à função cautelar processual um efeito que não é próprio da jurisdição, qual seja, o de atuar hipoteticamente um direito.

Na doutrina brasileira contemporânea, é Ovidio Baptista da SILVA quem mais se notabiliza pela defesa intransigente que faz de um processo cautelar verdadeiramente autônomo, isto é, que não guarda "nota de acessoriedade" ¹⁷³ com um processo definitivo. O processo cautelar, segundo sustenta, tem por pressuposto e por objeto uma "situação de perigo" ¹⁷⁴, em que "o interesse que legitima a pretensão à segu-

¹⁷⁰CALVOSA, **La tutela...**, p.229-33.

¹⁷¹CALVOSA, **La tutela...**, p.141.

¹⁷²CALVOSA, **La tutela...**, p.225.

¹⁷³SILVA, Ovidio B.da, **As ações cautelares e...**, n.4, p.21.

¹⁷⁴SILVA, Ovidio B.da, **As ações cautelares e...**, n.5, p.28.

rança deve estar ligado a uma relação de direito material" ¹⁷⁵ e tem por fundamento um "direito substancial de cautela", com o que "a função cautelar entra, sem dificuldade, na finalidade da jurisdição" ¹⁷⁶ .

Todavia, discorrendo sem entusiasmo sobre este "direito substancial da cautela", Ovidio culmina por consignar que este direito permanece, "mesmo depois da sentença final de procedência proferida na demanda cautelar, como uma mera hipótese, como uma simples possibilidade de existência efetiva" ¹⁷⁷. Com esta argumentação, porém, culmina por confundir o direito de cautela com o direito acautelado, aproximando a sua concepção à de CALVOSA.

A existência de uma lide tipicamente cautelar depende, entretanto, da configuração de um autêntico direito substancial de cautela, que autorize o estabelecimento de relação potencialmente constante com o provimento cautelar, de modo que se possa conceber que este satisfaz imediatamente o direito de cautela, enquanto protege da lesão ou do risco da lesão outro direito subjetivo (ainda que apenas plausível).

SEÇÃO 2

DIREITO SUBSTANCIAL DE CAUTELA

Cumprido desde logo observar que a investigação em torno da existência de um direito substancial de cautela nada

¹⁷⁵SILVA, Ovidio B.da, *As ações cautelares e...*, n.4, p.24.

¹⁷⁶SILVA, Ovidio B.da, *Comentários...*, v.XI, p.80.

¹⁷⁷SILVA, Ovidio B.da, *Comentários...*, p.81.

tem a ver com suposta tentativa de identificar o direito de ação, no caso a ação cautelar, com o direito subjetivo material, como queriam as teorias civilistas.¹⁷⁸

O que se pretende, na verdade, é evidenciar o caráter instrumental da ação cautelar em relação a um direito material de cautela, que seja apto a conferir, potencialmente, sustentação à pretensão à segurança. A sentença de improcedência da pretensão cautelar há de servir de balisa de que não se quer e não se pode subtrair à respectiva ação o caráter de autonomia e abstração.

Galeno LACERDA diz que reconhece a existência de "um direito subjetivo material à segurança"¹⁷⁹, dissociando-o, porém, da pretensão à segurança que anima a ação cautelar. O direito material de segurança de que cogita é o direito oriundo da lei ou do contrato e tem por fim garantir um bem juridicamente relevante, fora das condições específicas do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**. Como exemplos da manifestação deste direito cita, além dos contratos de seguro, "as disposições legais protetoras do trabalho, da saúde, do trânsito, dos direitos de vizinhança, contra o perigo, o barulho, a poluição, cada vez mais ameaçadores"¹⁸⁰. Sob esta perspectiva, porém, toda a tutela normativa, administrativa e jurisdicional é acauteladora de direitos ou interesses, como já assinalava CALVOSA¹⁸¹.

¹⁷⁸THEODORO JUNIOR, *Processo cautelar*, n.40, p.53,60.

¹⁷⁹LACERDA, *Comentários...*, n.9, p.53.

¹⁸⁰LACERDA, *Comentários...*, n.9, p.52.

¹⁸¹Garanzia, cautela e diritto sono dunque, quanto meno in astratto, concetti correlativi e anzi il concetto di **diritto** implica quello di **cautela**, di **garanzia**. Il problema della cautela giuridica, della tutela cautelare, affonda perciò le sue radici nel più complesso problema del diritto". (CALVOSA, *La tutela...*, p.58.)

O direito substancial de cautela que se está buscando não corresponde exatamente a este interesse geral de segurança e tampouco a um direito que seja acessório de direito acautelado, pois como já alertou suficientemente CHIOVENDA, a função cautelar se realiza sem saber "se o direito acautelado existe" ¹⁸² efetivamente.

"Os processualistas brasileiros, de modo geral, negam qualquer vínculo entre a ação cautelar e o direito subjetivo." ¹⁸³ Neste contexto se insere o ensinamento de Frederico MARQUES, para quem "o direito à tutela cautelar é direito subjetivo processual e nada mais significa do que direito à ação cautelar" ¹⁸⁴. Todavia, a associação que o eminente processualista faz do direito de cautela com "o direito de pedir o julgamento de uma pretensão (ação cognitiva) e o direito de pedir o cumprimento coativo de uma prestação (ação executiva)" ¹⁸⁵ não serve para ilustrar a inexistência de substrato material para a pretensão à segurança, tanto que a pretensão cognitiva e a executiva instrumentalizam, sabidamente, interesses materiais que se querem afirmar como direitos subjetivos, estando, pois, potencialmente preordenadas à realização destes direitos.

A posição de José de Moura ROCHA é também no sentido de negar a existência de um direito substancial de cautela, porque não pode admitir que o provimento cautelar se confunda com "a declaração da existência desse direito" ¹⁸⁶. Seme-

¹⁸²CHIOVENDA, §11, n.82, v.1, p.273.

¹⁸³LACERDA, **Comentários...**, n.10, p.54.

¹⁸⁴MARQUES, **Manual...**, v.4, n.1.021, p.331.

¹⁸⁵MARQUES, **Manual...**, v.4, n.1.021, p.331.

¹⁸⁶ROCHA, p.71.

lhante raciocínio, porém, somente se justifica porque o autor não dissocia o direito de cautela do direito acautelado.

A despeito desta gama de depoimentos que tendem a levar ao descrédito a noção de direito substancial de cautela, percebe-se que há espaço, ainda pouco explorado, que pode levar a afirmação quanto à efetiva existência deste direito.

O objetivo que vem orientando a presente pesquisa é o de delimitar e ocupar este espaço, situando o direito substancial de cautela como o direito à segurança, não de outro direito, pelo menos diretamente, mas de uma pretensão idealmente permitida ao sujeito pelo direito objetivo.

A todo o interesse que se diz juridicamente protegido corresponde uma pretensão ideal à consecução deste mesmo interesse, enquanto tem condição de vir a ser reconhecido como autêntico direito subjetivo.

Esta pretensão ideal (**fumus boni iuris**), por sua vez, constitui-se, ela mesma, em um bem juridicamente protegido, sendo portanto objeto do interesse que anima uma pretensão acessória quanto à segurança da pretensão ideal (principal), contra os riscos de lesão ou agravamento de lesão (**periculum in mora**).

O direito de cautela a que se quer dar configuração, portanto, não se apresenta como acessório de um direito acautelado, que pode não existir, mas ainda assim é acessório, na medida em que é correlativo a uma pretensão de segurança, que é acessória de uma pretensão reputada ideal, no plano da realização dos direitos.

Os fundamentos do direito de cautela, sobre os quais ainda se discorrerá, correspondem à plausibilidade da pretensão ideal e à plausibilidade do perigo em torno desta pretensão.

Proto PISANI, em seu ensaio **Chiovenda e la Tutela Cautelare**, observou agudamente que a posição do ilustre fundador da nova escola processual italiana, sobre a tutela cautelar, não poderia ser amplamente compreendida, senão quando vinculada àquela exigência da máxima instrumentalidade do processo, consubstanciada no célebre princípio, já mencionado, de que **"il processo deve dar per quanto è possibile praticamente a chi a un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire"**¹⁸⁷.

O princípio, enunciado por CHIOVENDA, é de capital importância e, como ele mesmo reconheceu, não tinha necessidade sequer de ser explicitado, tanto que o processo "é por si mesmo fonte de todas as ações praticamente possíveis, que visem a atuação de uma vontade da lei"¹⁸⁸.

Ressalvando o aspecto de que o processo não é propriamente fonte, mas repositório de ações, que nascem de relações jurídicas intersubjetivas em estado de conflito, diante de um interesse juridicamente protegido, percebe-se facilmente que o princípio da máxima instrumentalidade do processo guarda pertinência ao ideal de realização dos direitos materiais.

¹⁸⁷PISANI, Chiovenda e la..., n.3, p.21.

¹⁸⁸CHIOVENDA, v.1, n.12, p.46-7.

Aliás, Barbosa MOREIRA, discorrendo sobre a tutela preventiva, reporta-se ao mesmo princípio, anotando que "desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria (...) assumiu, para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas; daí que o processo deve avizinhar-se do **optimum**; procurando "fazer coincidir a situação concreta com a situação abstrata prevista na regra jurídica" ¹⁸⁹.

Resumindo, o **optimum** querido no plano processual deve traduzir a instrumentalização do **optimum** querido no plano do direito material; e, neste plano, o direito de cautela assume especial relevo, posto que, por ele, pode-se assegurar ou prevenir a inteireza de uma pretensão juridicamente plausível.

Ovidio Baptista da SILVA, conquanto não tenha sustentado nestes mesmos termos a existência do direito substancial de cautela, deixa antever claramente que a pretensão à segurança é de direito material e tem por fim a preservação da pretensão ideal, aqui cogitada. ¹⁹⁰

¹⁸⁹MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Revisita do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, 1:86-7, 1979.

¹⁹⁰"Temos, então, condições para construir o conceito de tutela cautelar, a partir de dois elementos básicos que a compõem. O primeiro deles diz respeito ao campo do direito material e corresponde à **pretensão à segurança**, espécie do gênero tutela preventiva. A idéia geral que preside e define a jurisdição cautelar é a de que os direitos merecem proteção jurisdicional mesmo antes de serem irremediavelmente violados, uma vez que o Estado não pode negar ao particular, a quem a ordem jurídica reconheça algum direito, ou algum interesse juridicamente protegido, os meios de assegurá-lo preventivamente, antes de sua violação, mesmo porque, em muitos casos, essa violação significará a irremediável destruição do próprio direito que terá de se contentar com o sucedâneo da eventual e muitas vezes problemática composição pecuniária". (SILVA, Ovidio B.da, *Comentários...*, p.73-4).

Reconhecendo-se então a existência de um direito de cautela, autônomo, na medida em que não depende da existência efetiva de um direito acautelado, pode-se afirmar que existe também uma lide cautelar quando a pretensão à segurança se apresenta resistida.

SEÇÃO 3 CONFIGURAÇÃO DA LIDE CAUTELAR

Lopes da COSTA, em sua monografia **Medidas Preventivas - Medidas Preparatórias - Medidas de Conservação**, distingue a medida cautelar processual da medida cautelar derivada da lei ou do contrato, pela circunstância de que "nas medidas cautelares do processo, a existência do direito principal ainda é duvidosa" ¹⁹¹; e é certamente à vista desta observação que reconhece nas garantias substanciais, como a fiança ou a hipoteca, a manifestação de "um direito acessório, em reforço do direito principal" ¹⁹².

Acrescenta ainda o ilustre processualista que as garantias processuais, ao contrário das substanciais que visam "diretamente a satisfação do direito principal", estão des-

¹⁹¹COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. **Medidas preventivas - medidas preparatórias - medidas de conservação**. Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1953. n.2, p.8-9.

¹⁹²"Essa função acessória é assinalada pela terminologia, que a tais direitos chama **direitos de garantia** (...) cuja finalidade é assegurar a realização de outros direitos. Direitos adjetivos, juntados a direitos substantivos, cuja satisfação reforçam, ou aumentando o patrimônio responsável (fiança) ou evitando o concurso de credores sobre o produto da futura execução (o privilégio da hipoteca) ou, na mesma providência, reunindo aqueles dois fins (a hipoteca prestada por terceiro). Direitos de segundo grau, como lhes chama Planiol". (COSTA, n.2, p.8.)

tinadas "a serem substituídas por outras, cujo material apenas preparam" ¹⁹³ .

Não se pode concordar, todavia, com os fundamentos da distinção apontada.

Ao processualista não é dado afirmar que um direito (principal) efetivamente existe, como por exemplo um direito de crédito, pelo simples fato de não ser objeto de uma pretensão resistida. A lide pode surgir e com ela a tutela jurisdicional, cujo provimento pode concluir pela inexistência do suposto direito (de crédito). Remanesce, assim, sem justificativa a noção de que o direito de garantia é acessório do direito principal, pelo menos enquanto este pode ser declarado inexistente.

Ademais, uma medida cautelar processual, como o arresto, requerido pelo credor que tem a seu favor sentença condenatória transitada em julgado, ainda que sujeita a termo, revela que a garantia processual pode assegurar autêntico direito principal (de crédito), com maior probabilidade de êxito do que uma garantia convencional.

Tais considerações confirmam a proposição de que as providências cautelares, na medida em que satisfazem um direito de cautela, visam garantir, de modo geral, não um direito principal, mas uma pretensão idealmente fundada neste direito e cujo exercício se reputa plausível.

A lei prevê, de modo explícito ou implícito, o direito de obter medidas assecurativas, que podem decorrer de

¹⁹³COSTA, n.2, p.9.

convenção, como a fiança, bem como de manifestação unilateral de vontade, como as notificações e interpelações. Podem, ainda, derivar de exigência absoluta ou condicionada da própria lei: preserva-se a pretensão idealmente reconhecida ao ausente ou ao incapaz, quanto à proveitosa administração do seu patrimônio, impondo-se ao imitado na posse dos bens em sucessão provisória ou ao tutor a obrigação de prestar garantia; preserva-se a pretensão patrimonial do nu proprietário, atribuindo-se-lhe a faculdade de exigir e obter caução do usufrutuário. ¹⁹⁴

De outro lado, é falsa também a idéia de que a provisoriedade das medidas cautelares processuais se opera diferentemente da provisoriedade das cautelas não processuais. Segundo a observação de Lopes da COSTA, há pouco mencionada, as cautelas substanciais duram até a satisfação do direito, enquanto as cautelas processuais se destinam a ser substituídas por outras providências.

A provisoriedade das cautelas processuais, como já apontara CALAMANDREI, caracteriza-se pela circunstância de que as mesmas não aspiram a definitividade ou não a podem alcançar, ¹⁹⁵ o que se revela absolutamente correto, ao menos no plano jurídico.

Todavia, tampouco as cautelas extraprocessuais almejam tornar-se definitivas. Umas e outras tendem a durar e ser eficazes juridicamente, como garantia, enquanto subsiste a necessidade de segurança; vale dizer, são provisórias por-

¹⁹⁴COSTA, n.2, p.8.

¹⁹⁵CALAMANDREI, *Introducción...*, n.4-5, p.38-40.

que devem durar enquanto subsiste uma concreta situação de perigo (*periculum in mora*), em torno de uma pretensão plausível (*fumus boni iuris*). Desvanecendo-se um destes requisitos, desnatura-se a cautela. Subsistindo, porém, a situação de perigo até o momento em que a pretensão preservada deva ser plenamente satisfeita, a cautela tende a transmutar-se: de objeto final da pretensão à segurança, converte-se em objeto instrumental da pretensão principal, porquanto passa a atuar como meio para a sua completa realização.

Manifesta-se, assim, a impropriedade da distinção feita por Lopes da COSTA, posto que se constata que todas as providências cautelares tendem, potencialmente, a ser substituídas ou a transmutar-se em outras providências, que sejam aptas a satisfazer então, amplamente, a pretensão antes preservada.

O que distingue, na verdade, as medidas cautelares processuais das demais medidas cautelares é a circunstância de que as primeiras são decretadas pelo juiz, em determinado processo, em função de lide cautelar.

Recorrendo à fórmula de CARNELUTTI, pode-se dizer que há lide cautelar quando a pretensão à segurança se apresenta resistida.

A toda e qualquer pretensão que se afirme fundada em direito subjetivo, corresponde ínsita e potencialmente uma pretensão acessória à segurança daquela pretensão, enquanto é manifesto o interesse de exercê-la sem risco de sacrifícios. Há, pois, exigência latente e genérica de que aqueles

que figuram como contraparte na relação jurídica eliminem embaraços ou se abstenham de criar obstáculos à ampla satisfação da pretensão ideal.

Delineando-se, porém, uma concreta situação de perigo ao exercício atual ou futuro da pretensão principal, sem que o titular da pretensão possa por si mesmo afastá-la e, assim, satisfazer a necessidade de segurança, a pretensão acessória se dinamiza, especializando-se nas concretas razões que possam fundamentá-la no direito da cautela, que até então ficou *in fieri*, para exigir uma particular providência. E esta pretensão acessória de segurança se apresenta resistida, quando se entende que a eliminação da situação de perigo em torno da pretensão principal depende, basicamente, de um comportamento positivo ou negativo da contraparte, ainda que esta não tenha dado causa diretamente àquela situação perigosa, que pode decorrer até mesmo de caso fortuito ou força maior; se a contraparte deve satisfazer amplamente a pretensão principal, deve obviamente contribuir para esta completa satisfação.

Têm-se, assim, configurados os elementos da lide cautelar. Os seus sujeitos são os mesmos que figuram como parte na relação jurídica (ou suposta relação jurídica) em que se situa a pretensão principal. O seu objeto é o bem jurídico da segurança, em torno da pretensão principal. O elemento causal, por sua vez, é a pretensão à segurança, pretensão esta que se apresenta fundada em particulares razões quanto ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*.

Admitindo que existe pretensão material à segurança, que é distinta da pretensão material que se quer preservar, é de admitir igualmente que a resistência a uma destas pretensões não implica, necessariamente, resistência à outra.

Todavia, considerando que a pretensão à segurança está ligada à pretensão ideal pelo vínculo da acessoriedade, compreende-se que a resistência a qualquer uma delas se constitui em seguro indício de que também a outra está sendo resistida ou está na iminência de se enquadrar em um estado de lide. Uma predisposição à resistência conduz então ao fenômeno freqüente de inter-relação de lides.

O traço que une a lide cautelar àquela que eventualmente se estabelece em torno da pretensão ideal não é, portanto, o da continência, porque não se estabelece o confronto da lide parcial com a lide integral, como sustentou Galeano LACERDA¹⁹⁶, mas é o da conexão, informada pelo peculiar vínculo da acessoriedade.

Pode-se firmar então a noção de autonomia da função cautelar, cujo processo pode existir independentemente de um processo definitivo. A exigência de referibilidade do processo cautelar para com o processo definitivo pode até existir, desde que ocorra o fenômeno da inter-relação de lides, especialmente quando se visa assegurar a provisoriedade de um provimento cautelar que possa implicar cerceamento ao poder de disposição da parte contrária.¹⁹⁷ Todavia, não é essencial para a configuração da lide cautelar.

¹⁹⁶LACERDA, *Comentários...*, n.6, 9, p.26,46.

¹⁹⁷GRECO FILHO, v.3, p.162.

SEÇÃO 4

A LIDE E O PROCESSO CAUTELAR

Reconhecendo a existência de uma lide cautelar típica, ressaí logicamente a conclusão de que ela há de servir para a identificação do pressuposto, do objeto e do fim do processo cautelar, bem como para determinar-lhe a estrutura e as características.

O conflito de interesses em torno da pretensão à segurança de uma pretensão principal gera naturalmente a ação cautelar.

As condições da ação cautelar, por sua vez, coincidem com as condições de toda e qualquer ação.

"A legitimidade das partes se regula pelos mesmos princípios que a disciplinam para os processos de conhecimento e de execução." ¹⁹⁸

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, sabe-se que é vasto o campo de atuação da tutela cautelar, tendo em vista principalmente a previsão de decretação de medidas atípicas ou inominadas; "ainda assim, há circunstâncias e normas legais que impedem o apelo a tais providências" ¹⁹⁹.

O interesse processual, por sua vez, refere-se à exigência de que, mediante a ação, apresente-se ao juiz a existência de uma lide, no caso a existência de uma pretensão à segurança resistida, revelando-se, assim, a necessida-

¹⁹⁸ARAGÃO, Medidas..., n.12.3, p.63.

¹⁹⁹LACERDA, Comentários..., n.47, p.296.

de de se obter providência cautelar adequada e útil à satisfação daquela pretensão.²⁰⁰

No exame das condições da ação, especialmente na do interesse processual, não se comporta a avaliação do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, que entram apenas como dados caracterizadores de que existe pretensão à segurança, pretensão que se diz fundada em direito de cautela. Se a pretensão é realmente fundada ou não, isto pertence ao mérito. Não fosse assim, ter-se-ia de admitir, como chegou a cogitar Cândido DINAMARCO, que a ação cautelar é concreta.²⁰¹

Galeno LACERDA assume peculiar posição, situando o **periculum in mora** como condição não só da ação como de toda a função cautelar, por refletir a necessidade de segurança, enquanto o **fumus boni iuris** é identificado como requisito pertinente ao "mérito" (processual), porque é de sua avaliação que pode decorrer o juízo de procedência da ação.²⁰²

Não obstante, seja material ou processual a natureza da pretensão à segurança, o fato é que o **periculum in mora**, tanto quanto o **fumus boni iuris** constituem-se, indissociavelmente, nos fundamentos desta pretensão, ou seja, na causa de pedir, que delimita a lide e, assim, o objeto do processo. Daí que o juiz, "ao decidir sobre esses pressupostos, decide sobre mérito"²⁰³. Neste sentido também se manifesta

²⁰⁰O interesse considera-se presente quando o requerente necessita da medida cautelar, que não possa obter por outro meio a seu alcance, e o pronunciamento do juiz lhe seja proveitoso (necessidade + utilidade)". (ARAGÃO, Medidas..., n.12.3, p.63.)

²⁰¹DINAMARCO, Cândido Rangel. Das medidas cautelares na Justiça do Trabalho. In: **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo, Ed.Revista dos Tribunais, 1984. v.34, p.352.

²⁰²LACERDA, **Comentários...**, n.47, p.293-308.

²⁰³SILVA, Ovidio B.da, **As ações cautelares e...**, p.74.

Egas Moniz de ARAGÃO, que ainda exemplifica: "se o juiz repelir o pedido por não haver **periculum** nem **fumus**, ou só um deles, terá solucionado o mérito; o mesmo fará se, por julgar que ambos estão presentes, acolher a pretensão e decretar a cautela"²⁰⁴ .

A propósito do mérito cautelar, assume especial importância a determinação dos limites da atuação do juiz. O problema se põe, particularmente, em relação às cautelas atípicas, que se constituem em manifestação do poder geral de cautela, visto que, quanto às medidas nominadas, seus "pressupostos e condições a lei, em regra, os traça"²⁰⁵ .

Todavia, não é somente a lei que impõe limites à valoração subjetiva do juiz. Sua atuação pode também ser condicionada pela vontade das partes, especialmente no que se refere à valoração do **periculum in mora**.

Com efeito, admitindo que a pretensão à segurança é ordinariamente de direito material, oriunda de relações jurídicas substanciais, não parece que se deva negar a existência de lide cautelar quando uma parte exige a prestação de garantia pactuada ou, ainda, quando o próprio obrigado exige que o credor receba ou aceite a garantia convencional, para preservar a pretensão principal quanto à consecução de um negócio jurídico.

A tutela possível, em tais casos, somente pode ser de natureza cautelar, pois a garantia porventura concretizada, jurisdicionalmente, satisfaz a pretensão à segurança, o di-

²⁰⁴ARAGÃO, Medidas..., n.12.5, p.64.

²⁰⁵LACERDA, Comentários..., n.30, p.167.

reito de cautela, sem prejuízo de que a pretensão principal seja futuramente declarada infundada, porque inexistente o direito em que se supunha amparada.

Nestes casos, parece lógico que, tratando-se de interesses disponíveis, a discricção do juiz restringir-se-á, praticamente, na aferição do **fumus boni iuris**, de vez que, quanto ao **periculum in mora**, não deverá, pelo menos em princípio, sobrepor a sua valoração àquela feita diretamente pelas partes, no momento em que firmaram o pacto.

Mas é em relação aos limites objetivos do provimento cautelar que avulta a questão da valoração do juiz. A questão se restringe basicamente em saber se o juiz está adstrito ao pedido do autor ou se pode ele adequar, "de ofício", a medida cautelar pleiteada (as atípicas inclusive) à situação descrita" ²⁰⁶ e, ainda, se em sede cautelar pode "proporcionar ao beneficiário resultado idêntico ao que obteria através do acolhimento da pretensão na sentença" cognitiva, ou "da satisfação no processo de execução pelo pagamento ou a entrega da coisa" ²⁰⁷.

A resolução de tais questões depende, basicamente, do trato que possam merecer no direito positivo. ²⁰⁸ Em princípio, porém, a natureza da função cautelar se compadece com as soluções mais abrangentes.

²⁰⁶ARAGÃO, Medidas..., n.8.4, p.49.

²⁰⁷ARAGÃO, Medidas..., n:9, p.52.

²⁰⁸"O próprio Código fornece elementos para a análise do tema", quanto à medida da possível vinculação do provimento cautelar ao pedido do autor. "O art. 801 (...) ao disciplinar os requisitos da petição inicial do processo cautelar, omite menção expressa ao 'pedido' e assim afasta a regra prevista para o processo de conhecimento. Além disso, ao regular a substituição da medida decretada pela prestação da caução (contracautela), dispõe que esta há de ser 'adequada e suficiente'". (ARAGÃO, Medidas..., n.9.3, p.54.)

A urgência que normalmente inspira ou impulsiona a função cautelar, mais as características da fungibilidade das medidas assecurativas e da provisoriedade dos seus efeitos, autoriza o convencimento de que não é tanto o pedido, mas a causa de pedir, que define a lide e fixa as balizas do provimento judicial, para atingir o ideal de efetividade da jurisdição.

De outro lado, ALLORIO já enfatizava tratar-se de princípio geral, o "da maior tenuidade da sanção cautelar em relação à sanção principal", na consideração de que os provimentos cautelares se diferenciam dos provimentos definitivos não apenas pelo menor grau de estabilidade, mas também pelo conteúdo menos amplo.²⁰⁹

Todavia, o princípio referido por ALLORIO não pode assumir o valor geral que se lhe procurou imprimir, sob pena de comprometer os próprios fins da tutela cautelar. Somente a avaliação, em concreto, do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** pode determinar a extensão do provimento cautelar, não sendo impensável que possa corresponder, praticamente, àquele resultado que o beneficiário obteria mediante uma tutela definitiva, através do acolhimento ou satisfação da pretensão principal.²¹⁰ Tome-se o exemplo dramático do pedido urgente, cautelar, de demolição de prédio para resguardar

²⁰⁹ALLORIO, Per una nozione..., p.27-8.

²¹⁰"A rigor nada impede que a solução final seja desde logo adiantada, através de medida cautelar atípica, quando a 'existência da obrigação não é seriamente contestável' (...) se houver razoável possibilidade de o beneficiário do adiantamento sair vencedor no processo principal e se for possível garantir suficientemente o outro litigante para a hipótese de ocorrer o inverso. Mas é imperioso ressaltar muito marcantemente o perigo que tal prática representa (todos sabem que a concessão liminar do interdito possessório (ou sua negação, tanto faz) pode destruir o outro litigante) e o cuidado extremo com que o juiz deverá conduzir-se em episódios tais". (ARAGÃO, Medidas..., n.8.5, p.51.)

a pretensão principal do requerente quanto à sua incolumidade física e à integridade de seu próprio patrimônio. O decreto de demolição não perde a natureza de provimento cautelar, a despeito da irreversibilidade dos efeitos práticos que ocasiona, porque com ele se satisfaz apenas a pretensão à segurança da pretensão principal plausível, ou seja, o direito de cautela, não o direito à demolição em que se funda a pretensão principal, que corre o risco de ser julgada infundada, em processo cognitivo.

Há que atentar, pois, que onde se comporta a descrição do juiz, o perigo que legitima a emanção da providência cautelar "não é o comum a que estão sujeitos todos os interesses", mas o perigo "atual ou iminente", decorrente de "situação objetiva que infunde uma razoável conclusão de plausibilidade de sua ocorrência" ²¹¹ .

Quanto ao *fumus boni iuris*, "não basta a simples verificação, em tese, de que a lei admite a pretensão principal", sendo necessária a descida aos fatos, "para firmar no juiz a convicção quanto à verossimilhança do direito"; e compreende-se que assim seja, porque, em geral, "a providência cautelar importa grave cerceamento ao poder de disposição do réu" ²¹² , apesar de possível a contracautela.

Aliás, a decretação da **contracautela** importa decisão que integra também o mérito do processo cautelar, desde que pode ser compreendida como providência que, paralelamente à cautela, compõe a justa medida da resposta à mesma pretensão

²¹¹SILVA, Ovidio B.da, *As ações cautelares e...*, p.75.

²¹²LACERDA, *Comentários...*, n.47, p.307.

à segurança, no caso concreto. Tanto é assim, que a contracautela, em princípio, pode ser decretada de ofício, ainda que a relação processual se refira a direitos disponíveis e mesmo antes que o réu seja ouvido (art.804, do Código de Processo Civil).

Se a contracautela pode servir à pretensão ressarcitória do réu do processo cautelar (quanto aos prejuízos que porventura lhe tenha causado a concessão da medida em prol do autor, quando cessada a eficácia desta, nas condições do art.811 do Código de Processo Civil), isto não significa que a providência cautelar tenha sido indevida, pois não fica comprometido o seu caráter de medida satisfativa de pretensão à segurança, fundada em direito de cautela. É que a responsabilidade do requerente da medida cautelar é objetiva, como reconhecem, dentre outros, Galeno LACERDA²¹³ e Egas Moniz de ARAGÃO²¹⁴.

Tampouco fica comprometida a noção de que a prevenção é o escopo peculiar do processo cautelar, pois seu provimento, enquanto satisfaz uma pretensão à segurança, previne sempre e simultaneamente uma pretensão juridicamente plausível, sem compromisso com a efetiva correspondência desta com um autêntico direito subjetivo.

Sob a ótica da lide cautelar, não cabe mais a observação de CARNELUTTI no sentido de que o processo cautelar, diversamente dos demais tipos de processo, "renuncia à infalibilidade", tanto que não busca a "verdade", mas a "proba-

²¹³LACERDA, *Comentários...*, n.80, p.431.

²¹⁴ARAGÃO, *Medidas...*, n.14, p.67.

bilidade" ²¹⁵. Ora, o juízo de probabilidade diz respeito à fundamentação da pretensão principal, não comprometendo a certeza, no juízo cautelar, de que a pretensão à segurança se funda no direito de cautela (quando se decreta a medida reputada adequada).

LIEBMAN, entretanto, retomando o argumento de CARNELUTTI ²¹⁶, afirma a impossibilidade de atribuir à decisão cautelar a autoridade de **coisa julgada**, porque este efeito seria incompatível com o juízo de probabilidade que encerra. ²¹⁷ Os equívocos, porém, são manifestos, tanto na fundamentação como na conclusão de semelhante assertiva. O juízo de probabilidade diz respeito à apreciação de uma questão do mérito cautelar (àquela pertinente ao **fumus boni iuris**), mas não abrange todo o mérito do processo cautelar, pois não se confunde com o julgamento final da lide que lhe é própria.

De outro lado, se é certo que a sentença que julgar uma lide tem força de lei nos limites subjetivos e objetivos desta lide, como se depreende do art.468 do Código de Processo Civil, parece óbvio que não há mesmo como querer contrapor a coisa julgada de uma sentença que julgou a lide cautelar (acessória), em relação ao julgamento da lide principal, pois se está diante de lides distintas.

Não é impensável, portanto, que o efeito da coisa julgada se aplique também à sentença cautelar. Aliás, segundo o autorizado depoimento de Egas Moniz de ARAGÃO, "pode-se

²¹⁵CARNELUTTI, *Trattato...*, n.241, p.365.

²¹⁶CARNELUTTI, *Sistema...*, n.114, p.332.

²¹⁷LIEBMAN, Enrico Tullio. Unità del procedimento cautelare. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, 9:253, 1954.

concluir que o julgamento proferido no processo cautelar denegatório ou concessivo da medida, faz coisa julgada (em relação a outro processo cautelar, é óbvio) sempre que lhe apreciar o mérito – **periculum in mora e fumus boni iuris**", ficando ressalvado que, no sistema do Código de Processo Civil, à luz do parágrafo único do art.808, o referido julgamento pode, "por exceção à regra geral, ser revisto 'por fundamento novo', isto é, se ocorrer 'modificações no estado de fato ou de direito'" ²¹⁸ .

A lide cautelar, assim como serve suficientemente para justificar a autonomia funcional da tutela cautelar, influi também na estrutura do respectivo processo, em que a nota característica é a existência de procedimentos sumários, em que atividades cognitivas e executivas se mesclam indissociavelmente.

Sustentava CALAMANDREI que o "grupo das providências cautelares" subdividia-se no grupo das "providências cautelares de cognição" e no grupo das "providências cautelares de execução" ²¹⁹. LIEBMAN, porém, evidenciou magistralmente a impropriedade desta classificação, diante da impossibilidade de fracionar o pedido de tutela cautelar, tanto que a sentença que concede a cautela, diversamente do que ocorre com a sentença condenatória (à qual não se segue a execução), não representa por si só uma utilidade. ²²⁰

²¹⁸ARACÃO, Medidas..., n.12.6, p.65-6.

²¹⁹CALAMANDREI, **Introducción...**, p.35.

²²⁰LIEBMAN, Unitã..., p.249-54.

Com efeito, LIEBMAN bem demonstrou que o procedimento cautelar "é único e indivisível, porque uno e indivisível é o interesse de agir" e que "à unidade do procedimento corresponde rigorosamente a unidade da ação" ²²¹ .

O reconhecimento de que existe uma lide cautelar e um direito de cautela não compromete, em nada, a indivisibilidade do procedimento. É que a pretensão à segurança, que justifica o interesse de agir em juízo, não se compraz jamais com um pedido meramente declaratório quanto à existência do direito de cautela e, tampouco, com a mera decretação da medida, visto que a sua eficácia operacional depende, ainda, da prática de atos materiais. E assim é porque a tutela cautelar visa ordinariamente "conjurar uma situação emergencial" de perigo, ²²² vindo daí que a indivisibilidade, tanto quanto a sumariedade do procedimento, "responde a uma exigência inerente à pretensão assecurativa que é a celeridade" ²²³ .

SEÇÃO 5

A LIDE CAUTELAR NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 1973 conferiu realmente "importância e dignidade" sem precedentes ao processo caute-

²²¹LIEBMAN, Unità..., p.248-50.

²²²SILVA, Ovidio B.da, **Comentários...**, p.83.

²²³SILVA, Ovidio B.da, **As ações cautelares e...**, p.51.

lar, "situando-o no mesmo plano sistemático dos processos de conhecimento e de execução" ²²⁴

A despeito da heterogeneidade, complexidade e fluidez da matéria, o legislador, parecendo desafiar as técnicas de sistematização, logrou atribuir uma disciplina unitária à tutela cautelar.

É que existe, afinal, um ponto comum para o qual convergem todas as medidas cautelares. O ponto comum, segundo Galeno LACERDA, é este: "através da tutela cautelar procura-se satisfazer uma necessidade de segurança" ²²⁵. A proposição estaria rigorosamente exata se não fosse o conhecimento que se tem de que o ilustre processualista gaúcho vincula a eficácia satisfativa das providências cautelares ao "interesse genérico processual de atender a necessidade de segurança quanto ao resultado útil do processo principal" ²²⁶.

Já foi visto, entretanto, que sob esta ótica estritamente processual o fim de satisfazer uma necessidade de segurança deixaria de ser o ponto de convergência de todas as medidas cautelares, a menos que se reduzisse o conceito destas, para que comporte a proposição. Ainda assim restaria comprometida a noção de autonomia do processo cautelar, de um lado porque a exigência de ação cautelar estaria ligada a um critério de natureza meramente formal e, de outro, porque o provimento cautelar não teria um fim em si mesmo, mas serviria apenas para integrar o conteúdo das demais funções processuais.

²²⁴LACERDA, Galeno. Processo cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, 44:186, 1986.

²²⁵LACERDA, Processo cautelar, p.187.

²²⁶LACERDA, *Comentários...*, n.10, p.56.

Todavia, como se vem aqui sustentando, o fenômeno cautelar não se manifesta apenas em juízo, o que se comprova pela existência de cautelas convencionais ou de cauções, cuja imposição decorre imediatamente da lei (arts. 729 e 730, do Código Civil). Além disto, nem todas as cautelas obtidas judicialmente são processuais, pois certas medidas como as notificações, interpelações e simples justificações, assim como a especialização de hipoteca legal, são de jurisdição voluntária. Finalmente, nem sempre as cautelas processuais estão preordenadas à emanção de provimento jurisdicional em processo principal. Medidas como a exibição e a produção antecipada de prova, decretadas em procedimentos que comportam contraditório, podem ter eficácia autônoma; a caução do art.829 ou, ainda, aquela do art.830, primeira parte, do Código de Processo Civil (quando desacompanhada de pedido cominatório), satisfazem exclusivamente uma pretensão material de cautela.

Semelhante constatação autoriza o convencimento de que o vértice que liga todas as providências cautelares, processuais ou não, é a existência de pretensão à segurança, que se afirma fundada não no interesse processual genérico, ao qual aludiu Galeno LACERDA, mas em direito de cautela, cuja natureza material ou processual varia, conforme a natureza da pretensão principal que visa preservar. O conflito de interesses, qualificado por uma pretensão a segurança resistida, é que justifica a existência de processo cautelar autônomo, porque atuará com métodos próprios para a composição da lide cautelar, que configura o seu específico objeto.

Estas considerações não destoam, antes se compatibilizam, com a sistematização conferida à tutela cautelar, pelo Código de Processo Civil, conforme se procurará demonstrar, através de comentários sumários, à guisa de conclusões.

a. O art.801 do Código de Processo Civil (CPC) dispõe que "o requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita que indicará, dentre outros requisitos, aquele do inciso IV, qual seja, "a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão".

Neste enunciado está a caracterização da lide cautelar, que há de projetar-se no processo como o objeto central da apreciação jurisdicional.

As referências a "direito ameaçado" e "receio de lesão" correspondem sabidamente ao **fumus boni iuris** e ao **periculum in mora**, que se constituirão nos fundamentos da pretensão a segurança resistida, integrando, por isso, o mérito da causa.

Esta lide cautelar não deve ser confundida, portanto, com a lide a que se refere o inciso III do mesmo dispositivo²²⁷.

Sabendo que a pretensão à segurança está ligada, pelo vínculo da acessoriedade, à pretensão principal que se visa preservar e, de outro lado, que a resistência à pretensão à segurança se constitui normalmente em indicativo de que a resistência se opera também em relação à pretensão princi-

²²⁷GRECO FILHO, v.3, p.166.

pal, percebe-se que é comum o fenômeno da inter-relação de lides. Estabelece-se então a exigência de referibilidade da lide cautelar (accessória) à lide não cautelar (principal) quando se evidencia ou se prenuncia a conexão entre ambas.

A exigência de referibilidade aqui comentada, entretanto, não é essencial para a caracterização da função cautelar e tampouco é absoluta. O fim de processo cautelar não é o de tutelar o processo definitivo, mas o de compor a lide cautelar, resolvendo autonomamente o conflito em torno da pretensão à segurança.

Nem por isso se pode concluir que seja inútil a vinculação estabelecida pelo legislador entre o processo cautelar e o processo não cautelar. Anunciando-se o fenômeno da inter-relação de lides, anuncia-se um caso específico de conexão, a qual, em atenção aos princípios da economia processual e da efetividade da jurisdição, influi nas regras sobre competência e enseja a proveitosa comunicação dos atos decorrentes das respectivas ações e processos.

Não se pode deixar de reconhecer, porém, no **caso cautelar**, uma peculiaridade. Ocorrendo o ajuizamento da ação quando ainda não há processo definitivo em torno da lide principal, que apenas se prenuncia, impõe o legislador, através dos arts. 806 e 808, I, do CPC, que a ação principal seja prontamente ajuizada, sob pena de cessar a eficácia da medida cautelar porventura concedida, o que parece comprometer, de certa forma, o princípio dispositivo.

Não obstante, esta conexão forçada se explica não porque se suponha que a existência atual ou potencial do

processo definitivo seja indispensável para justificar a jurisdição da função cautelar, mas porque, assim, tende-se a precipitar a provisoriedade dos efeitos jurídicos do provimento cautelar, essencialmente transitório, em benefício da definitividade peculiar das providências jurisdicionais não cautelares; assegura-se, enfim, a estabilidade das relações jurídicas, especialmente quando a eficácia interinal²²⁸ do provimento cautelar importa em "alguma restrição à faculdade de agir"²²⁹ da contraparte.

b. O art.796 do CPC dispõe que "o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente".

Ovidio Baptista da SILVA critica a redação, afirmando que "a interpretação literal do art. 796 destruiria a única coisa importante acolhida pelo Código, que é a aceitação da autonomia do processo cautelar"²³⁰.

O dispositivo comentado, entretanto, não autoriza a crítica exasperada, não porque a exigência de incondicionada dependência do processo cautelar não viesse a comprometer a sua própria autonomia, mas porque a sua interpretação, mesmo literal, não conduz ao entendimento apontado.

Com efeito, o referido dispositivo consigna que o procedimento cautelar **pode ser instaurado**, não que deverá ser necessariamente instaurado, antes ou no curso de um pro-

²²⁸CALAMANDREI, *Introducción...*, p.36.

²²⁹GREGO FILHO, v.3, p.162.

²³⁰SILVA, Ovidio B.da, *As ações cautelares e...*, p.25.

cesso principal. A alusão final, no sentido de que é **sempre dependente** do processo principal, obviamente, só pode significar que dependência ocorrerá, sempre, na medida do possível.

A relação de dependência atual ou potencial, entretanto, apenas se torna possível quando se puder estabelecer a ocorrência da inter-relação de lides, conforme foi referido na alínea a, supra.

O requisito da possibilidade, porém, pode ser dissociado do requisito da necessidade, pois a dependência não se revela essencial para o exercício da função cautelar, sendo pertinente à eficácia temporal do seu provimento, não à sua formação, tampouco à sua validade.

Destas considerações decorre a conclusão de que, segundo a teleologia do sistema, a dependência ocorrerá, sempre e necessariamente, quando a eficácia da medida cautelar possa revelar-se constrictiva de interesses em conflito na lide principal, que se delineaia.

Conseqüentemente, tem-se de admitir que a lide cautelar pode subsistir independentemente da ocorrência da lide em torno da pretensão principal, possibilitando a existência de um processo cautelar igualmente independente, com o que se enfatiza a autonomia da tutela de mera segurança.

c. Os arts. 798 e 799 do CPC contemplam a previsão do poder cautelar geral do juiz, o que importa no reconhecimento formal da atipicidade das providências cautelares.

A redação do art. 798, porém, ao consignar que "poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar ade-

quadas, quando houver fundado receio de que uma parte, **antes do julgamento da lide**, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação" (grifou-se), pode trazer alguns problemas hermenêuticos.

À primeira vista, pode-se ser induzido a pensar que a faculdade que tem o juiz para decretar medidas cautelares atípicas ou inominadas não é tão geral quanto se anuncia, porquanto estaria adstrita às hipóteses em que se pressupõe a existência de um processo de conhecimento, onde há lide para ser julgada.

Todavia, uma interpretação, assim restritiva, não se concilia sequer com as concepções que atribuem conteúdo exclusivamente processual à cautela, pelo injustificado cerceamento de sua instrumentalidade.

Egas Moniz de ARAGÃO traz o esclarecimento de que a referência ao "julgamento da lide", segundo a doutrina e a jurisprudência brasileiras, deve ser entendida como "composição da lide"²³¹. Desta forma, confirmar-se-ia, pelo menos, o pensamento tradicional de que "o poder cautelar geral do juiz atua como poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional"²³².

Mesmo assim, seria restritiva a interpretação, porque a tutela cautelar não visa tanto a assegurar a inteireza da tutela cognitiva ou executiva, como a completude da própria tutela normativa, instrumentalizando imediatamente pretensões à segurança, fundadas no direito de cautela.

²³¹ARAGÃO, Medidas..., n.6, p.37.

²³²GRECO FILHO, v.3, p.154.

Aliás, a Constituição de 1988 põe em relevo a amplitude da tutela cautelar, ao consignar que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV). Se a apreciação jurisdicional se obtém mediante a ação e se a ação é um direito abstrato, tem-se que a lei não excluirá da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a um direito provável. Logo, o direito apenas provável é digno de proteção. Se é necessário obter a certeza de que este direito provável corresponde a um direito subjetivo, que não o de cautela, para que possa ser satisfeito, em maior ou menor medida, basta, de outro lado, obter a certeza de que o mesmo ostenta concretamente as condições de direito provável, para que possa, pelo menos, ser preservado, contra riscos que ameaçam torná-lo inoperante. Nesta dimensão, o direito de cautela se constitui em direito subjetivo, com eficácia autônoma. Justifica-se, igualmente, a autonomia da função cautelar processual.

A atribuição ao juiz do poder geral de cautela nada mais significa do que o reconhecimento de que são atípicas as situações que podem fazer nascer a necessidade de segurança. "O legislador não pode prever as possibilidades infinitas que a realidade oferece, por isso confere ao juiz o poder de ele, diante do caso concreto, optar pela melhor solução." ²³³

Compreende-se, assim, que a referência à lide, feita pelo art. 798 do CPC prende-se às hipóteses em que ocorre a

²³³LACERDA, Processo cautelar, p.190.

inter-relação de lides, não se podendo excluir a possibilidade de medidas atípicas em processo cautelar independente e, até mesmo, "em situações tuteláveis através do desempenho da chamada jurisdição voluntária" ²³⁴ .

d. O art. 797 e o art. 804 do CPC cuidam de hipóteses em que as medidas cautelares podem ser decretadas pelo juiz, independentemente de ação cautelar específica.

O art. 797 trata das medidas cautelares que podem ser determinadas de ofício, sem a audiência de qualquer uma das partes. Segundo o referido dispositivo, "só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei" determinará o juiz estas medidas. Trata-se de requisitos disjuntivos e não cumulativos, como esclarece Egas Moniz de ARAGÃO, pois, se não fosse assim, bastaria a menção aos casos previstos em lei, sem referência aos "casos excepcionais"; também a cautela atípica pode ser decretada de ofício. ²³⁵

A decretação e consecução de cautela de ofício faz pressupor, via de regra, a existência de processo ou procedimento prévio, em cujo *iter* se insere então a medida.

A aparente incompatibilidade entre a cautela de ofício e o princípio *ne procedat iudex ex-officio* levou Galeno LACERDA a afirmar a natureza administrativa destas providências, que seriam pois emanadas "de autêntico poder de polí-

²³⁴Os doutrinadores vão ainda além, pois admitem o exercício deste poder não só nos processos de conhecimento, de execução e cautelar, como, também, em situações tuteláveis através do desempenho da chamada jurisdição voluntária". (ARAGÃO, Medidas..., n.6, p.38.)

²³⁵ARAGÃO, Medidas..., n.7.4, p.41-2.

cia do juiz, no resguardo de bens e pessoas confiados por lei à sua autoridade" ²³⁶ .

Ovidio Baptista da SILVA não contesta propriamente a qualificação administrativa destas providências, mas manifesta seu inconformismo quanto ao critério utilizado pelos seguidores de CARNELUTTI e CALAMANDREI (que lhes negam a qualificação jurisdicional), pois as medidas de ofício, tanto quanto aquelas que dependem de ação, estariam assentadas na mesma ordem de motivos, como a **defesa da jurisdição** ou a **tutela do processo**. ²³⁷

Ainda assim, Ovidio não identifica estas medidas como provimentos cautelares processuais: "serão medidas **do processo** (Liebman) em que ocorrem, no sentido de que não integram uma lide cautelar especial, como acontece, por exemplo, com verdadeiras ações cautelares" ²³⁸ .

Não se pode descartar, porém, a natureza jurisdicional das medidas de ofício, pois o modelo do processo dispositivo não assegura o monopólio da jurisdição. De outro lado, como ainda pondera Egas Moniz de ARAGÃO, a decretação incidental destas medidas não se afigura lesiva ao princípio dispositivo, "dado que o processo já existe", além do que "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 a inteireza do resultado

²³⁶LACERDA, **Comentários...**, n.18, p.114.

²³⁷SILVA, Ovidio B.da, **Comentários...**, p.107-8.

²³⁸SILVA, Ovidio B.da, **Comentários...**, p.108.

final"²³⁹, conforme ressaí da conjugação dos arts. 797 e 262 e 125, do CPC.

Não se pode deixar de salientar, entretanto, que o caráter acessório da lide cautelar, em relação à lide principal, que se constitui no objeto do processo definitivo, contribui, decisivamente, para explicar o caráter jurisdicional do provimento cautelar, determinado por iniciativa do juiz, tendo em vista o fim de compor esta lide acessória.

É bastante conhecido o princípio de que o acessório segue o principal. O mesmo se dá com a pretensão cautelar, em relação à pretensão principal, conforme se anotou na Seção 3 deste Capítulo.

Surgindo a lide em torno da pretensão principal e sobrevivendo, por isso, a ação, o demandante apresenta ao juiz a pretensão material (em lide) e, simultaneamente, a pretensão processual (quanto à justa composição da lide), às quais se agregam, indissociavelmente, as pretensões acessórias, material e processual, de segurança de cada uma daquelas pretensões. O réu, por sua vez, defendendo-se, manifesta igualmente sua pretensão processual (quanto à justa composição da lide), podendo, ainda, mesmo pela via da exceção, contrapor ao autor sua própria contrapretensão de direito material,²⁴⁰ as quais se apresentam também acompanhadas das respectivas pretensões acessórias de segurança.

²³⁹ARAGÃO, Medidas..., n.7-5, p.42-3.

²⁴⁰"Quando vi è contestazione, una parte disconosce il proprio obbligo, e così il diritto della controparte, ma non afferma il diritto proprio. Quando vi è contropretesa una parte non solo disconosce il proprio obbligo, ma afferma il proprio diritto e così l'obbligo della controparte". (CARNELUTTI, *Sistema...*, n.128, p.354.)

Com a pretensão à segurança da pretensão material exige-se, basicamente, que a contraparte se abstenha de comportamentos positivos ou negativos que possam comprometer, diretamente, o interesse (substancial) em lide. Com a pretensão à segurança da ação ou do direito de opor exceções, exige-se, essencialmente, do juiz que assegure a prática e a eficiência potencial dos atos do processo, diante de certas situações, decorrentes de fatos pertinentes às partes, a terceiros que têm o dever de colaborar com a justiça ou ao próprio juiz, quando tais situações ameaçam, diretamente, o interesse processual e, apenas obliquamente, o interesse em lide.

A situação emergencial de perigo, em torno da pretensão principal, material e, notadamente, em torno da pretensão processual, pode se evidenciar, objetivamente, no processo em andamento, oferecendo-se ao conhecimento do juiz.

A situação de perigo, enquanto representa uma forma de resistência à pretensão, necessariamente acessória, de segurança, configura então a lide cautelar, que se apresenta no processo tal como uma questão material ou processual, reclamando por providências que assegurem a inteireza do interesse em lide ou do interesse processual.

A natureza instrumental da pretensão processual em relação à pretensão material nem sempre permite distinguir, com nitidez, se é o interesse material ou o interesse processual que está sendo diretamente ameaçado por uma situação perigosa. Um critério que parece idôneo à distinção (que, todavia, não é essencial) é o de que na lide cautelar mate-

rial a situação de perigo decorre ordinariamente de ato voluntário da contraparte, enquanto na lide cautelar processual esta situação de perigo decorre de fatos processuais que não podem ser imediatamente atribuídos a malícia da outra parte.

As situações caracterizadoras da lide cautelar processual geralmente vêm definidas ou valoradas pelo próprio legislador, que preordena a atuação judicial, É que, sendo o juiz o destinatário da ação cabe a ele, diretamente, garantir a tutela jurisdicional mais ampla e eficaz.

Diante destas circunstâncias, as cautelas processuais de ofício transparecem seguidamente como medidas do processo, sem que se ponha em relevo a natureza cautelar jurisdicional do provimento respectivo.

O arresto dos arts. 653 e 654 do CPC, por exemplo, garante também a pretensão material de crédito do exeqüente, com a peculiaridade, porém, de que se trata de garantia reflexa, posto que, diretamente, ela se liga ao interesse processual (na consecução da penhora). Tanto é assim que a efetivação deste arresto, diversamente do que ocorre nas hipóteses do art.813, não depende da aferição de perigo, que o devedor possa estar afligindo concretamente ao interesse material do credor. O mesmo se diga em relação às cautelas de ofício, mencionadas por Galeno LACERDA ²⁴¹, previstas nos arts. 679 e 701, do CPC. Veja-se ainda que a proibição de atos que importem em alienação de domínio e, bem assim, a

²⁴¹LACERDA, *Comentários...*, n.19, p.119.

imposição de caução, para que o credor levante o depósito em dinheiro, asseguram também a pretensão processual de segurança do devedor, no sentido de que os efeitos da execução sejam provisórios, porquanto não se constituiu definitivamente o próprio título executivo (art. 588, do CPC). A condução de testemunhas, na hipótese do art. 412, revela também a existência de cautela de ofício, porquanto se visa eliminar uma resistência à pretensão de segurança do processo.

A resistência à pretensão de segurança da pretensão principal material, porém, ainda que transpareça objetivamente no processo, nem sempre autoriza o juiz a decretar cautelas de ofício. É que o legislador, mantendo-se fiel ao modelo do processo dispositivo, optou por limitar a atuação oficial aos casos previstos em lei, tal como acontece com certas cautelas próprias do procedimento contencioso do inventário (arts. 1.016 § 1º, e 1.018, parágrafo único), e aos casos que se revelarem excepcionais, sendo de supor que a excepcionalidade há de encontrar seu campo peculiar de atuação, nas hipóteses em que o processo versa sobre interesses indisponíveis.²⁴²

As cautelas de ofício, portanto, partilham da mesma natureza das cautelas que dependem de ação e processo, enquanto são provisões destinadas a satisfazer uma pretensão à segurança em lide.

²⁴²"(...) 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'; estende-se outrossim 'aos casos excepcionais', não autorizados por lei. (Se compreende, ou não, aqueles não previstos em lei, mas em que o direito é indisponível, que PONTES e CALMON apontam, dependerá de serem reputados excepcionais.)" (ARACÃO, Medidas..., n.7.4, p.41-2.)

e. Se as medidas cautelares podem, em certas hipóteses, ser decretadas de ofício pelo juiz, com muito maior razão é de se admitir que possam ser determinadas a pedido da parte interessada, independentemente de ação cautelar, no curso de um processo cognitivo ou executivo, sem que o juiz fique adstrito, então, ao exame da excepcionalidade da medida. O requerimento da parte libera o juiz do risco de não estar atento ao dever de "assegurar às partes igualdade de tratamento" (art. 125, I, do CPC).

O cabimento do pedido incidental revelar-se-á particularmente adequado, nos casos em que a inserção de tal pedido não venha tumultuar o procedimento peculiar a ser imprimido ao processo definitivo, notadamente quando dispensar a renovação ou a duplicidade de atos instrutórios.

A previsão da ação cautelar incidental, com autonomia procedimental, como regra geral, estabelecida no art. 796, não exclui, portanto, a possibilidade de pedido incidental de cautela, e tampouco compromete a autonomia da função cautelar, como gênero de tutela processual.

Assim como a autonomia do processo de execução não fica comprometida com as chamadas ações de execução imprópria (e tampouco ficaria comprometida se acaso fosse admitida a cumulação de pedido condenatório e executivo na mesma ação), a autonomia do processo cautelar permanece intacta, porque possui um objeto próprio, que pode justificar a sua atuação independente.

Aliás, comenta Galeno LACERDA ser perfeitamente viável, segundo o ordenamento vigente, a cumulação de pedidos,

cautelar e não cautelar, na mesma demanda, em atenção ao princípio básico da economia processual; a exigência de identidade de procedimentos, prevista no art. 292, parágrafo único, inciso II, do CPC, como requisito genérico para a cumulação de pedidos, não se aplica ao pedido cautelar.²⁴³

Com efeito, se é admitida a cumulação de pedidos, mesmo quando inexistente conexão entre eles, com muito maior razão ter-se-á de admitir a cumulação do pedido cautelar, nas hipóteses em que, mais do que conexo, revela-se acessório do pedido principal.

A idéia de cumulação, de outro lado, está ínsita em certos procedimentos especiais, que contemplam a possibilidade de concessão de medidas liminares, tal como se dá com as chamadas ações possessórias (manutenção e reintegração de posse, nunciação de obra nova), bem como com o mandado de segurança.

A idéia de que a liminar se constitui em instituto processual diverso da cautela, configurando decisão "satisfativa de direito", porquanto representaria "a entrega provisória e antecipada do pedido"²⁴⁴, não pode prevalecer.

A provisoriedade das liminares não pode ser confundida com a provisoriedade das chamadas "declarações de certeza com predominante função executiva", peculiares aos processos ditos "monitórios" ou "injuncionais"²⁴⁵, porquanto estas

²⁴³LACERDA, Processo cautelar, p.193-4.

²⁴⁴BARROS, Breves observações..., p.202.

²⁴⁵CHIOVENDA, §10, v.1, p.235-71.

correspondem a uma "providência sumária", que "aspira converter-se em definitiva", tanto que "nasce provisória, porém com a esperança de perder em determinado momento este caráter" pela falta de providência definitiva.²⁴⁶

As liminares não têm aptidão para, processualmente, converterem-se em medidas definitivas; não dispensam o juízo definitivo que as substitua. Até mesmo as liminares deferidas em processo cautelar, à luz do art. 804 do CPC, não podem dispensar a "**cognitio sumaria**"²⁴⁷, na expectativa de renovação de juízo cautelar, que tanto pode modificar, convalidar, substituir, como revogar a providência liminarmente deferida (art. 207).

Enfim, o que se constata, pela sistematização do Código de Processo Civil, e especialmente pela disciplina unitária que procurou imprimir ao processo cautelar, é que existe, de fato, "além da pretensão a tutela jurídica (Rechtsschutzanspruch) à cognição completa (à sentença, em sentido estrito) e da pretensão à tutela jurídica à execução, a pretensão à tutela jurídica à segurança (...) de pretensão (Anspruchssicherung), conforme anotou Pontes de MIRANDA²⁴⁸. A cada tipo de tutela corresponde necessariamente um peculiar objeto, o qual há de ser identificado, no caso da tutela assecurativa, com a LIDE CAUTELAR.

²⁴⁶CALAMANDREI, *Introducción...*, p.38-9.

²⁴⁷SILVA, Ovidio B.da, *Comentários...*, p.211.

²⁴⁸MIRANDA, v.XII, p.14.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLORIO, Enrico. **Bisogno di tutela giuridica.** *Jus - Rivista di Science Giuridiche*, Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, p.547-61, 1959.
- _____. **Per una nozione del processo cautelare.** *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, 4:18-44, 1936.
- ARAGÃO, Egas D.Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro, Forense, 1974. v.II.
- _____. **Medidas cautelares inominadas.** *Revista Brasileira de Direito Processual.* Rio de Janeiro, Forense, 57:33-90, 1988.
- ATTARDI, Aldo. **Interesse ad agire.** In: **Novissimo digesto italiano.** Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1957. v.VIII, p.840-4.
- BARROS, Hamilton de Moraes e. **Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973.** *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, 246:201-6, 1975.
- BAUR, Fritz. **Tutela jurídica mediante medidas cautelares.** Trad.Armando Edgar Laux. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.
- BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.** Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.
- BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil.** São Paulo, Saraiva, 1956.
- _____, Alfredo. **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973.**
- CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.** Trad.Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

- CALAMANDREI, Piero. Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti (I - Lite e giurisdizione). **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, Cedam, 5:3-22, 1928.
- _____. Il concetto di "lite" nel pensiero de Francesco Carnelutti (II - Lite e processo). **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, Cedam, 5:89-98, 1928.
- CALVOSA, Carlo. **La tutela cautelare** (Profilo sistematico). Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1963.
- _____. Provvedimenti d'urgenza. In: **Novissimo digesto italiano**. Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1957. v.XIV, p.444-61.
- CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale (Postilla). **Rivista di diritto processuale civile**, Padova, Cedam, 5:23-37, 1928.
- _____. Lite e processo (Postilla). **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, Cedam, 5:99-105, 1928.
- _____. **Sistema del diritto processuale civile**. Padova, Cedam, 1936. v.I.
- _____. **Trattato del processo civile - Diritto e processo**. Napoli, Morano Editore, 1958.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad.J.Guimarães Menegale. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1969. v.1,2.
- COSTA, Alfredo Araujo Lopes da. **Medidas preventivas - medidas preparatórias - medidas de conservação**. Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1953.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Das medidas cautelares na Justiça do Trabalho. In: **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo, Ed.Revista dos Tribunais, 1986. p.345-61.
- _____. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed.Revista dos Tribunais, 34: 20-46, 1984.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967.
- GRECO FILHO, Vicente. **Dircito processual civil brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 1981/1986. v.1/3.
- INVREA, Francesco. Interesse e azione. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, Cedam, 5:320-39, 1928.
- LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987. v.VIII, t.I.

- LACERDA, Galeno. Processo cautelar. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed.Revista dos Tribunais, **44:186-94**, 1986.
- LANCELOTTI, Franco. Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, Cedam, **16:232-71**, 1939.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Despacho saneador e o julgamento de mérito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, **104:216-26**, 1945.
- _____. L'azione nella teoria del processo civile. In: **Scritti in onore di Francesco Carnelutti**. Padova, Cedam, 1954. v.II, p.425-54.
- _____. Unità del procedimento cautelare. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, Cedam, **9:248-54**, 1954.
- _____. **Manuale di diritto processuale civile**. 4.ed. Milano, Dott.A.Giufrè Editore, 1980. v.I.
- _____. **Processo de Execução**. 4.ed. São Paulo, Saraiva, 1980.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1966. v.II.
- _____. **Manual de direito processual civil**. 2.ed. São Paulo, Saraiva, 1979. v.4.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1976. v.XII.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, **1:86-96**, 1979.
- NAZI, Antonio. Interesse ad agere. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano, Dott.A.Giuffrè, 1972. v.XXII, p.28-46.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense, s.d. v.III.
- PISANI, Andrea Proto. Breve premessa a un corso sulla giustizia civile (Introduzione). In: **Appunti sulla giustizia civile**. Bari, Cacucci Editore, 1982. p.8-34.
- _____. I rapporti fra diritto sostanziale e processo. In: **Appunti sulla giustizia civile**. Bari, Cacucci Editore, 1982. p.35-71.
- _____. Chiovenda e la tutela cautelare. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, Cedam, **43:16-34**, 1988.

- ROCCO, Ugo. **Trattato di diritto processuale civile**. Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1959. v.V.
- ROCHA, José de Moura. **Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Aide Editore, 1981. v.VIII.
- ROSA, Eliézer. **Leituras de processo civil** (generalidades sobre doutrina processual civil). Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1970.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **As condições da ação no despacho saneador**. São Paulo, s.ed., 1946.
- SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile**. Padova, Cedam, 1957.
- SEGNI, Antonio. Giurisdizione (in generale). In: **Novissimo digesto italiano**. Torino, Unione Tipografico Torinese, 1957. v.VII, p.985-93.
- SILVA, Antonio Carlos Costa e. **Da jurisdição executiva e dos pressupostos da execução civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. Ação cautelar. In: **Digesto de processo**. Rio de Janeiro, Forense, 1980. v.I, p. 6-13.
- SILVA, Ovidio Baptista de. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1974.
- _____. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil - Do processo cautelar**. Porto Alegre, Letras Jurídicas Editora, 1986. v.XI.
- TARZIA, Giuseppe. **Atti del colloquio internazionale su Les mesures provisoires en procédure civile**. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1985.
- _____. Considerazione comparative sulle misure provvisorie nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, Cedam, 40:240-54, 1985.
- _____. Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, Cedam, 41: 35-69, 1986.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 4.ed. São Paulo, Editora Universitária de Direito, 1986.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de conhecimento.** 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981. v.I.

_____. **Curso de direito processual civil.** 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987. v.II.

_____. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal.** Rio de Janeiro, Aide Editora, 1987.