

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR

EVANDRO SLOGO

NATUREZA DO PROCESSO CAUTELAR

TOLEDO – PARANÁ

2002

EVANDRO SLONGO

NATUREZA DO PROCESSO CAUTELAR

Monografia apresentada ao curso de Pós Graduação da Universidade Federal do Paraná, como requisito para obtenção do título de Especialista em Processo Civil.

**TOLEDO – PARANÁ
2002**

SUMÁRIO

RESUMO	iii
INTRODUÇÃO	01
I – PROCESSO CAUTELAR	04
1.1 HISTÓRICO	04
1.1.1 Direito Comparado	04
1.1.2 No Direito brasileiro	05
1.2 CRISE DE SEGURANÇA	07
1.2.1 O Estado como detentor da jurisdição	07
1.2.2 O processo cautelar	10
1.2.3 As tutelas sumárias	14
1.3 FINALIDADE E CARACTERÍSTICAS	16
1.3.1 Temporariedade	20
1.3.2 Acessoriedade	23
II – TÉCNICAS DE COGNIÇÃO	30
2.1 TÉCNICA DE COGNIÇÃO HORIZONTAL	30
2.2 TÉCNICA DE COGNIÇÃO VERTICAL	31
2.3 TÉCNICA DE COGNIÇÃO DA TUTELA CAUTELAR	33
2.4 PROCESSO CAUTELAR E A COISA JULGADA	34
2.5 SATISFATIVIDADE NO ÂMBITO DA TUTELA DE COGNIÇÃO SUMÁRIA ..	37
2.6 TUTELA DE URGÊNCIA	41
III – LIMITAÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO	45
IV – MEDIDAS CAUTELARES	48
4.1 PODER GERAL DA CAUTELA	48
4.2 MEDIDAS CAUTELARES DE OFÍCIO	51
4.3 MEDIDAS INTERINAIS	52
CONCLUSÃO	54
BIBLIOGRAFIA	56

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a natureza do processo cautelar, constituindo-se este em uma técnica de cognição sumária, de onde a profundidade de conhecimento do objeto litigioso é limitado à plausibilidade do direito e o perigo de lesão ou agravamento deste direito. De tal limitação decorre que ao processo cautelar não é dado satisfazer a pretensão de direito material, mas sim, assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, a fim de que a decisão definitiva não caia num vazio.

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem como por objetivo apresentar a importância do processo cautelar dentro do sistema processual brasileiro.

O legislador viu-se diante de situações em que a proteção à jurisdição tornava-se necessária, pois a instabilidade das relações jurídicas aliada ao progresso econômico, tecnológico, social e cultural fez surgir na sociedade uma gama enorme de novas situações que exigiam a proteção eficaz dos direitos adquiridos.

Não basta a afirmação da existência de um direito, é preciso assegurá-lo, pois quando há omissões por parte do Estado, o particular procura supri-las, o que ensejaria a autotutela privada.

Um dos instrumentos utilizados para assegurar direitos é o aperfeiçoamento do processo cautelar, com a efetivação de procedimentos céleres que garantam à jurisdição e aos jurisdicionados a possibilidade de uma justa solução da lide, sem maiores onerosidades decorrentes da demora processual.

O fundamento do processo cautelar não é outro senão a justa solução da lide. Devendo ser esta entendida como apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a quem tem direito, segundo a ordem jurídica vigente.

O Livro I do Código de Processo Civil desempenha o papel de parte geral do CPC. Portanto, as regras concernentes ao processo de conhecimento aplicam-se, no que couber, tanto ao processo de execução quanto ao cautelar. Então, sob rótulo do Processo Cautelar, Livro III do Código de Processo Civil, procurar-se-á demonstrar que nem todos os procedimentos ali presentes são cautelares, porém foram ali incluídos por envolverem interesses extremamente relevantes tanto para a sociedade,

como para o Estado. Desta forma, utilizam-se tais procedimentos do procedimento cautelar para salvaguarda de relevantes interesses, que possuem reflexos sociais, muito embora com algum sacrifício da boa técnica processual.

Resta ao operador jurídico proceder à interpretação, bem como a delimitação do campo de abrangência de tais procedimentos. Sem esta análise, poderá tornar inviável a aplicação do processo cautelar, fazendo-se dele letra morta no Código de Processo Civil.

Para que realmente sejam os direitos salvaguardados é preciso que o magistrado aprimore o senso de justiça, e também que preze pela estabilidade das relações jurídicas. Quando diante de uma situação jurídica instável, havendo perigo de dano e a plausibilidade do direito, nasce ao juiz um poder-dever de preservá-lo.

A presente monografia versará tão somente sobre a natureza dos procedimentos que constam no Livro III do Código de Processo Civil - sob o título Processo Cautelar.

Não são muitos os doutrinadores que se ocupam desta matéria, muitos a ela não atribuem praticamente nenhuma importância, pois para estes a matéria não têm nenhuma aplicação prática. A falta de compreensão da natureza do Processo Cautelar, e, principalmente do poder geral de cautela, está refletida em muitas das decisões judiciais.

Ao proceder a pesquisa jurisprudencial verificou-se, em muitas decisões, que não existe uma compreensão firme e clara relativamente aos limites de aplicação do processo cautelar, nem ao fim a que se destina.

Da mesma forma, e talvez porque exista uma grande carga subjetiva na análise dos pressupostos do processo cautelar, mais especificamente, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, encontra-se um grande número de decisões onde, apesar da

presença flagrante desses dois elementos, a liminar não foi deferida, e, em contrapartida, decisões onde, apesar da ausência desses mesmos elementos, houve o deferimento da liminar.

A compreensão deficitária da natureza do processo cautelar tem levado muitos julgadores, com infundado temor de proferirem decisões conflitantes, a postergar ao julgamento do mérito cautelar para a oportunidade do julgamento do “processo principal”, pecando assim por um excesso de zelo, pois não haverá, de forma alguma, decisões antagônicas. O julgamento do processo cautelar funda-se na aparência e no periclitamento do direito, não implicando a real existência desse direito assegurado.

CAPÍTULO I - PROCESSO CAUTELAR

1.1 HISTÓRICO

1.1.1 DIREITO COMPARADO

O direito romano conheceu algumas medidas preventivas, porém não tinha uma visão da autonomia do processo cautelar como forma de jurisdição.

Entre elas *l'operis novi nuntiatio*, que era uma denúncia oral, realizada através de fórmulas sacramentais, por meio da qual se proibia ao proprietário prosseguir na obra iniciada, mas não terminada, com a advertência de que, caso em que o denunciado não interrompesse a obra, os denunciantes poderiam pedir ao pretor um interdito proibitório ou demolitório (MARINONI, 1993).

Ao lado desta, existia a *cautio damni infecti*, que permitia ao requerente obter uma garantia de ressarcimento nos casos de perigo de dano, sendo que se o requerido não prestasse a caução, o pretor poderia imitar o requerente na posse dos bens do requerido.

Também conheceram os romanos a figura do seqüestro. Consistia no depósito de uma coisa em poder de uma terceira pessoa, a fim de que fosse conservada, por se temer que, em ficando em poder de uma das partes, pudesse perder-se ou deteriorar-se. Este depósito poderia ser voluntário ou necessário.

José Rogério Cruz e Tucci leciona:

“No direito romano de época clássica, dois poderes vinham outorgados ao pretor: o *imperium*, que era um poder geral e indefinido, e a *iurisdictio*, que ao contrário, era específica e determinada, emanada do *imperium* do magistrado.”

“Com a evolução dos tempos, a constatação de novas exigências sociais autorizariam o pretor a instituir meios processuais de tutela, destinado, via de regra, a reparar eventuais iniquidades provenientes da estrita observância das normas do *ius civile* ou mesmo a preencher lacunas deste. A exemplo das *actiones in factum* e das *excetiones*, outros institutos, originados de atos *magis imperii quam iurisdictinis*, ou seja, fundados preponderantemente no *imperium* do magistrado, mas também inspirados na eqüidade, visavam a complementar a tutela dos direitos. Dentre essas criações resultam das fontes os *interdicta*, as *missiones in possessionem*, as *stipulationes praetoriae* e as *restitutiones in integrum*.”¹

Com a doutrina alemã apareceram as primeiras tentativas de se fixar uma concepção processual dessa classe de medidas e sistematizá-las.

O aperfeiçoamento da teoria sobre o processo cautelar deve-se aos processualistas italianos que realizaram elaborações científicas que fundamentam a autonomia e a unidade conceitual do processo cautelar.

Modernamente já não há dúvidas de que o processo cautelar ocupa a posição de um *tertium genus*, entre a cognição e a execução, participando da natureza de ambas as funções, mas gozando de autonomia, graças aos fins ou objetivos peculiares da cautela.

1.1.2 NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, ao tratarem do processo cautelar, regulamentaram, entretanto, tão somente, medidas específicas.

¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ação Monitória. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996. p.26.

No Regulamento 737, de 1850, encontramos o Título “processos preparatórios, preventivos e incidentes” disciplinando o processo das causas de natureza comercial e que mais tarde teve também aplicação às causas cíveis.

Este regulamento “dividiu os processualistas. Foi considerado “um atestado da falta de cultura jurídica, no campo do direito processual, da época em que foi elaborado”; e foi elogiado como “o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América”. Na realidade, examinado serenamente em sua própria perspectiva, o Regulamento 737 é notável do ponto de vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento.”²

No revogado Código de Processo Civil de 1939 disciplinou o assunto no Título I (Das Medidas Preventivas) do livro V (Dos Processos Acessórios). Em seu artigo 675, possuíamos uma disciplina da tutela cautelar inominada, que provavelmente era melhor que a criada pelo atual Pergaminho Processual. Entretanto, foram raros os casos de sua aplicação.

Pontes de Miranda a respeito do Código de 1939 já comenta:

“As ações cautelares são ações, por si sós; não fazem parte das ações principais, ainda quando tenham funções preparatórias. Há direito, pretensão e ações cautelares. Basta que se leiam os artigos 675 e 676 do Código de Processo Civil para que disso nos convençamos. As regras jurídicas contidas nos artigos. 675 e 676 não são regras jurídicas processuais, mas sim regras jurídicas de direito material, heterotopicamente metidas na legislação processual”.³

Continua:

“O elemento cautelar está mesmo em medidas que exercem função preventiva ou cautelar, e não são, de modo algum, subsidiárias,

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pellegrini ; DINARMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 21.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. P.98

³ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XII. Rio de Janeiro : Forense, 1976. p. 373.

como acontece às ações do art. 2º, Parágrafo único, quando o objeto delas é a autenticidade ou falsidade de algum documento”.⁴

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, houve uma espécie de “descoberta” da tutela cautelar, que provocou um movimento de constante expansão de sua aplicabilidade prática, cujo limite, ao que parece, ainda não foi atingido.

Fenômenos sociais e históricos contribuíram para uma constante expansão da aplicação da tutela cautelar, mas igualmente fatores normativos de grande importância, associados aos primeiros, exacerbaram a busca das formas de tutela urgente.

Comparando o atual Código do Processo Civil com o anterior, verifica-se que o de 1939 empregava os termos ‘preparatório’, ‘preventivo’ e ‘incidente’, para se distinguirem os processos que ora se juntam no Livro III. Preparatório são os processos tidos por indispensáveis ao bom êxito da ação futura. Cautelares, designação empregada, hoje, pelo Código de 1973, são os processos que tendem a assegurar pretensão, não a satisfazer. Incidentes são os que ocorrem em certas circunstâncias.”

1.2 CRISE DE SEGURANÇA

1.2.1 O ESTADO COMO DETENTOR DA JURISDIÇÃO

A crise de segurança e de justiça que hoje assola a sociedade, em um mundo que compromete a estabilidade das relações jurídicas diante das constantes inimagináveis transformações sociais, econômicas e políticas, tem motivado um movimento

⁴ MIRANDA, opus cit, p. 304.

generalizado de índole reformista ou inconformista, no sentido de conferir maior praticidade, objetividade ou efetividade ao processo⁵.

Ao Estado, como detentor da jurisdição, não basta garantir a tutela jurídica; não basta instituir o processo e assegurar o socorro a ele por meio da ação. O objetivo maior do processo é a paz social, atingida através da supremacia da lei. Ao processo é preciso que seja célere, assegurar-lhe o atingimento do fim precípua do processo, que é a justa solução a lide. O que é imprescindível para que esta solução seja efetivamente justa, é que ela torne-se útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a quem tem direito, segundo a ordem jurídica vigente.

O Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos. O processo como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve ensejar o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida.

O Processo deve ser a irradiação dos preceitos constitucionais que visam a salvaguardar as conquistas democráticas do cidadão. Sem os instrumentos radicados na ordem constitucional, devidamente delineados pela visão axiológica da sociedade contemporânea, como as garantias constitucionais da isonomia substancial, da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal, estaríamos fadados a uma pesquisa desde já comprometida em seus fins.⁶

O princípio da inafastabilidade, descrito no art. 5, XXXV, da Carta Magna de 1988, garante o direito à adequada tutela jurisdicional, enquanto que o artigo 75 do Código Civil, tão mal compreendido pela doutrina, constitui verdadeira explicitação desta garantia constitucional.

⁵ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A lide cautelar no processo civil. Curitiba : Juruá, 1992. p. 17.

A leitura correta do artigo 75 do Código Civil permite a conclusão de que a toda pretensão de direito material deve corresponder uma “ação processual”, obrigando o processualista a deixar de lado a sua preocupação como procedimento ordinário e partir para o estudo das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas.

As peculiaridades da vida prática têm ensejado o surgimento e a utilização de milhares de processos cautelares, aumentando, a cada dia que passa, o inicial e imaginário espectro da concepção original do legislador ordinário: são agora as medidas cautelares postuladas conjuntamente no leque amplíssimo dos processos de conhecimento (comum e especial) e de execução e especialmente, nas novas demandas especiais e tão em voga, como por exemplo, a Ação Civil Pública - em todo seu amplo campo de aplicação de tutela dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos - como também nas ações individuais relativas ao novo e recentemente codificado Direito do Consumidor.

Ao Estado não basta afirmar a constitucionalização do direito de ação, para que se assegurem ao indivíduo os meios para obter o pronunciamento do juiz sobre a razão do pedido. É necessário antes de mais nada, que por direito de ação e direito ao processo, não se entenda a simples ordenação dos atos, através de qualquer procedimento, mas sim o devido processo legal.

Entre o momento em que a ação se inicia e aquele em que a sentença acolhe o pedido, medeia um espaço de tempo durante o qual o autor ou o réu podem variar de situações relativamente à coisa litigiosa (alienação, constituição de direitos reais, destruição, etc.). A garantia jurisdicional seria ilusória se não provesse a isso com as medidas necessárias a assegurar a manutenção do estado inicial.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p.12.

É imperioso que o juiz ao prolatar a sentença procure colocar-se, no tempo, como se decidisse no momento da propositura da ação, pois o vencedor não deve ser prejudicado com a demora da solução do litígio; a ordem jurídica deve oferecer os instrumentos adequados para prevenir os eventuais danos derivados do “tempo”, que o processo ordinário impõe aos litigantes, ocasionando determinados riscos.

Diante da impossibilidade prática de se acelerar o andamento do processo ordinário até o ponto de se obter, de um dia para o outro, a decisão definitiva e, por outro lado, considerando a necessidade de que se tome, provisoriamente, determinada providência para afastar um perigo iminente de dano, é que surge o processo cautelar.

1.2.2 O PROCESSO CAUTELAR

O processo cautelar foi posto pelo legislador, no CPC, ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução. Foi-lhe, portanto, conferido pela lei o mesmo *status* dos outros dois processos. Por isso é que os autores se referem ao processo cautelar como um *tertium genus*.

O processo cautelar é o instrumento de que se dispõe para obter proteção judicial, ainda que de modo temporário, a certas situações jurídicas privilegiadas, ou seja, fundadas em direito plausível e no perigo de lesão ou agravamento de lesão ou interesse.

É aquele por meio do qual se obtêm meios de garantir a eficácia plena – tomada esta expressão no sentido de produção efetiva de efeitos no mundo empírico – do provimento jurisdicional, a ser obtido por meio de futuro (ou concomitante) processo de conhecimento, ou da própria execução.

Assim, o que se tem é que o processo de conhecimento se caracteriza por se aquele em que se produzem provas, em que há amplo contraditório esse que pode versar sobre os fatos ou sobre argumentação jurídica, e que tem por vocação gerar uma sentença de mérito.

Surge como meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, visto que sem o processo cautelar, a prestação jurisdicional correria o risco de transformar-se em providência inócua.

De acordo com o momento em que são propostas, as ações cautelares podem classificar-se em preparatórias e incidentes. São preparatórias aquelas ações cautelares propostas antes mesmo da propositura da ação principal. São incidentes, ou incidentais, aquelas que são propostas durante o trâmite da ação principal.

Quanto ao objeto, podem dizer respeito a coisas ou a pessoas, sendo, segundo este critério, reais ou pessoais. Podem, também, dizer respeito às provas.

Das lições de Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco ensinadas na obra Teoria Geral do Processo, extrai-se:

“Todo o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro *slogan* dos modernos movimentos em prol da *efetividade do processo* e deve servir de alerta contra tomadas de posições que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça”.

“O uso adequado de medidas cautelares constitui poderoso instrumental capaz de assegurar os bons resultados das decisões definitivas que virão. A prisão do devedor de alimentos, a do depositário infiel, a aplicação de multas diárias para o descumprimento de obrigações de fazer ou não fazer devem concorrer para que o processo cumpra com rapidez as suas funções.”

“Permite que processo ordinário principal funcione devagar com segurança, porque o processo cautelar assegura a eficácia da decisão definitiva, ou seja, quando esta vier a ser tomada, tenha a mesma eficácia prática que se fosse proferida instantaneamente. Ou seja, o processo cautelar possui o objetivo de que não seja agravado o direito pela demora inevitável do remédio jurisdicional.”⁷

O Professor Luiz Guilherme Marinoni a respeito da lentidão do procedimento ordinário leciona:

“Na verdade, o direito processual é imprescindível - em nível de efetividade - para a sobrevivência do próprio direito substancial. Cabe investigar, assim como é possível a tolerância da difundida lentidão do processo de conhecimento, e da sua conseqüente inefetividade para a tutela dos direitos. Partindo-se da premissa de que os detentores do poder costumam conseguir legislações que bem tutelam os seus interesses, parece estranho que os interessados na dinamicidade da economia deixem de lado a lentidão da justiça civil. Tal contradição é apenas aparente: primeiro porque o procedimento ordinário não constitui óbice às aspirações da classe dominante à medida que esta, patrocinando o *lobby*, consegue procedimentos diferenciados que tutelam egoisticamente seus interesses; e, em segundo lugar, porque os grandes grupos econômicos resolvem as demandas que lhes são mais sensíveis à margem da justiça estatal.”⁸

Explica-se a necessidade do processo cautelar pelo decurso natural do tempo em resolver a lide instaurada no processo principal. Com efeito, ajuizada uma determinada ação, sua tramitação processual, obediente às regras do *due process of law*, consumirá um lapso de tempo até a obtenção da decisão sobre o bem de vida questionado no processo. Entretanto, durante o período em que o processo estiver em tramitação, a concreta situação material não permanece estática, imutável ou parada - de fato, ela continua viva e dinâmica, podendo inclusive sofrer modificações naturais. Assim, é plenamente possível que o processo principal chegue a seu final e não mais encontre a situação jurídica sobre a qual a jurisdição deveria atuar.

Infelizmente, e pela ordem natural das coisas, o processo principal não pode ter imediata solução. Não é possível simplificar o curso procedimental da cognição, ou da

⁷ CINTRA, opus cit. p. 37

execução, de forma tal que o pedido do autor venha a ser imediatamente atendido. Há imperiosa necessidade da observância de um padrão mínimo da segurança, notadamente com o contraditório, possibilitando a ampla defesa, conforme preceituação constitucional. Portanto, o processo principal não pode se desenrolar com essa rapidez e subaneidade, sob pena de perder a sua própria substância. É por isso que a *dilatio temporis*, entre o pedido inicial e a entrega da prestação jurisdicional não tem condições de ser eliminada.

Os fins do processo não podem ficar substancialmente comprometidos ou frustrados. Daí a necessidade de que sejam juridicamente conciliados esses dois marcantes princípios - celeridade e segurança - e esta é a função do processo cautelar, através do qual, com base exclusiva num interesse processual relevante de algum dos litigantes, é concedida a tutela jurisdicional cautelar.

O processo cautelar, portanto, tem por objeto a manutenção provisória do primitivo *status quo* a fim de que a decisão de mérito não caia num vazio, quando chegar a ser proferida. Seu objeto é sempre um outro processo - como já enfocado - chamado de "principal". O processo cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal: daí suas denominações temporais de "antecedente" e "incidental". Evite-se a aplicação da expressão "preparatório" ao primeiro tipo, posto ser esta expressão reservada ao ato-condição, ou seja, a um requisito obrigatório, a uma *conditio sine qua non*.

A competência instituída pelo dispositivo é de natureza funcional e é, portanto, absoluta. No caso de medida cautelar requerida como incidental, a distribuição do processo cautelar se faz por dependência porque a competência deste já se determinou pela competência do principal. No caso de medida preparatória é preciso se fazer um prognóstico quanto à competência para a ação principal e, determinada esta, por

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1994. p 01.

conseqüência se determina a da cautelar. Nesse prognóstico devem ser utilizadas as regras gerais de competência como se se analisasse o processo principal, quanto ao foro e à matéria. Nas comarcas em que há mais de um juízo e em que a competência se fixa pela distribuição, a cautelar será distribuída como uma antecipação da distribuição da futura ação principal.

Há um princípio maior, porém, que pode derrogar essas regras e que é a própria razão de ser do processo cautelar: a urgência determinada pelo perigo da demora. Em casos de excepcional urgência, mesmo o juiz incompetente pode determinar medidas cautelares, no caso de as regras de competência gerarem situação que possa levar ao perecimento do direito. Assim, por exemplo, se a ação principal deve ser, pelas regras do domicílio do réu, proposta em São Paulo, mas a coisa a ser arrestada encontra-se em outra comarca e a demora da expedição da precatória pode tornar ineficaz a medida, pode a medida ser requerida ao juiz da comarca em que se encontra a coisa. Esta situação excepcional, que não é tão difícil de ocorrer, bem como outras semelhantes, contudo, não derrogam as regras de competência, devendo a ação principal ser proposta segundo essas regras gerais. A propositura da cautelar excepcionalmente em juízo incompetente não o torna competente para a ação principal. Não há, no caso, prevenção; a hipótese deve ser tratada como excepcional e não justifica a modificação da competência, especialmente quando a cautelar foi requerida fora do foro competente no interesse do autor e a competência da principal é instituída no interesse do réu (domicílio do réu) ou da boa administração da justiça.

1.2.3 AS TUTELAS SUMÁRIAS

A proliferação das tutelas sumárias é fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massas, que torna inaceitável a morosidade jurisdicional.

O procedimento ordinário, ao não admitir qualquer vestígio de executividade, permite a manutenção do *status quo* do conflito de interesses. Surge a tutela cautelar como técnica de sumarização, e, em última análise, como remédio contra a ineficiência do procedimento ordinário.

A expansão do Processo Cautelar (não necessariamente da tutela cautelar) explica-se portanto, em virtude de uma lógica imanente ao próprio sistema seguido pelo direito brasileiro. Se o juiz não puder conceder jamais medidas liminares porque o processo de conhecimento, por definição, não contém execução simultânea com a cognição, então o modo como os juristas práticos conseguem superar a dificuldade, “desordinarizando” o emperrado procedimento ordinário, fica reduzido exclusivamente ao emprego do Processo Cautelar, como via alternativa de sumarização das demandas satisfativas que exijam tratamento urgente.

É importante registrar que, mesmo com o surgimento da tutela antecipatória (artigo 273 do Código de Processo Civil), o processo de conhecimento ainda não possui executoriedade, pois não possui a tutela antecipatória caráter mandamental, como possui a tutela cautelar, prova disso é que o artigo 273, §3º ordena a sua execução “da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588”.

A expansão do processo cautelar é patológica, quando se constata que o direito, tal como está positivado, não favorece ao ramo processual. O direito positivado enuncia os princípios processuais fundamentais que devem orientar uma justiça eficaz, assim como o princípio da ação, o princípio do contraditório, da publicidade dos atos processuais, do juiz natural, do devido processo legal, que há de pressupor a máxima instrumentalidade dos direitos materiais através do processo; todavia, para a realização

prática destes princípios, não empresta os meios que sejam suficientes para uma justiça célere e adequada aos vários tipos de conflitos.

A previsão constitucional (inovadora, no particular) de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, XXXV) ao mesmo tempo em que assegura "aos litigantes, em processo judicial..., a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (inc. LV), só poderá ser atingida, em certos e especiais casos, com a providência expedita de Medida Liminar, que é um meio contemplado pelo ordenamento jurídico, e que não pode ser suprimido ou cerceado pela lei ordinária, pena de mau trato ao indicado preceito constitucional.

A utilização indiscriminada do processo cautelar surge como uma conseqüência da superação do procedimento ordinário, e da tendência, daí decorrente, de busca de tutelas sumárias, ou diferenciadas, entendidas estas como aptas à obtenção de uma sentença rápida e capaz de tornar efetivo o direito material.

Fritz Baur apresenta quatro grupos de causas que contribuem para a expansão da tutela cautelar: a) aquelas provenientes do condicionamento da civilização (necessidade de tutela imediata em face das novas exigências da sociedade hodierna); b) combinação de fatos psicológicos (falta de *commom sense* e crença na autoridade); c) necessidade social de proteção do mais fraco; d) deficiências o procedimento ordinário (MARINONI apud BAUR, 1993, p.50)

1.3 FINALIDADE E CARACTERÍSTICAS

O poder cautelar geral do juiz atua como poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional. Se esta tem por finalidade declarar o direito de quem tem razão

e satisfazer esse direito, deve ser dotada de instrumentos para a garantia do direito enquanto não definitivamente julgado e satisfeito.

O infinito número de hipóteses em que a demora pode gerar perigo torna impossível a previsão específica das medidas cautelares em número fechado, sendo, portanto, indispensável um poder cautelar geral que venha a abranger situações não previstas pelo legislador. Este disciplinou os procedimentos cautelares mais comuns ou mais encontrados, cabendo ao próprio juiz da causa adotar outras medidas protetivas quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação.

O poder geral de cautela, todavia, ampliado pelo Código vigente, em momento algum quis que se substituíssem as medidas cautelares típicas pelas inominadas.

Faz-se necessária aqui uma diferenciação do que seja o processo cautelar, bem como a tutela cautelar e, por fim, medida cautelar.

Em primeiro lugar, é preciso distinguir medida cautelar de processo cautelar. A medida cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo; o processo cautelar é a relação jurídica processual, dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares. O processo cautelar é o instrumento natural para a produção e deferimento de medidas cautelares, mas nem todas as medidas cautelares são determinadas ou deferidas em processo cautelar. Algumas delas podem ser determinadas dentro do próprio processo de conhecimento ou de execução (como, p. ex., o arresto do art. 653 do Código de Processo Civil) ou nos procedimentos especiais (ex.: liminar no mandado de segurança); outras, por terem natureza mais administrativa, aparecem em simples procedimento que não chega a constituir uma relação processual (ex.: as notificações).

Processo cautelar é o procedimento previsto pelo legislador como veículo destinado a realizar a proteção jurisdicional que, em virtude da situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar a simples aparência do direito posto em estado de risco iminente; proteção jurisdicional esta chamada de tutela cautelar. Enquanto medida cautelar pode ser definida pela medida tomada pelo juiz para a proteção de tal direito em estado de risco iminente.

A tutela cautelar é uma modalidade especial de atuação jurisdicional destinada exclusivamente a atender a uma situação urgente e provisória. Essa tutela é constituída por um conjunto de medidas de ordem processual destinadas, fundamentalmente, a garantir o resultado final do processo de conhecimento, ou do processo de execução - doravante chamados principais, relativamente ao processo cautelar, deles sempre dependentes em relação à matéria de fundo.

No processo cautelar, há de se perquirir se a situação fática em questão tem a probabilidade de estar amparada por determinado direito e se há perigo de grave lesão ao patrimônio de direitos de seu titular, em havendo demora no reconhecimento desse direito; constatada a existência dessa situação, deverá, então, ser determinado o comando protetivo que se impõe.

Assegura a igualdade das partes. Seu escopo é excluir o *periculum in mora* (perigo da demora) é a probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante da demora do ajuizamento ou processamento e julgamento desta e até que seja possível medida definitiva.

O *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) é a probabilidade ou possibilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar e que justifica a sua proteção, ainda que em caráter hipotético. Este pressuposto tem por fim evitar a concessão de medidas quando nenhuma é a probabilidade ou possibilidade de sucesso e, portanto, inútil a proteção cautelar. Para a aferição dessa probabilidade não se

examina o conflito de interesses em profundidade, mas em cognição superficial e sumária, em razão mesmo da provisoriedade da medida. O *fumus boni iuris* não é um prognóstico de resultado favorável no processo principal, nem uma antecipação do julgamento, mas simplesmente um juízo de probabilidade, perspectiva essa que basta para justificar o asseguramento do direito.

Acentua Hamilton de Moraes e Barros, que o processo cautelar correspondente à função jurisdicional acautelatória:

“Visa a garantir o resultado útil do processo principal.”

Surge daí a ação cautelar com uma finalidade exclusiva e essencialmente processual, qual seja a de assegurar a execução futura, evitando os riscos e os inconvenientes do tempo na marcha do processo, pois que visa a destruir todas as possíveis maquinações de quem pretenda frustrar a vitória vislumbrada do titular do direito que a sentença final irá reconhecer, ou seja, visa a assegurar, se houver, o recebimento da pretensão que se contém na pretensão e que a sentença acabaria por dar.

Assim sendo, o “processo cautelar não tem por fim direto e imediato a satisfação do direito subjetivo. Serve, apenas, indireta e imediatamente, ao processo principal, prestação jurisdicional satisfativa, no que diz respeito ao objetivo substancial da parte preservando situações, garantindo-lhe o resultado útil. Assim, se pretendeu transformar o processo cautelar em verdadeira ação satisfativa, e alegando urgência, o que se busca, na realidade, é uma antecipação da prestação jurisdicional de mérito, é de se indeferir tal medida” (Jurisprudência Mineira 108/182).

O processo cautelar tem por finalidade, via de regra, garantir a utilidade e eficácia de futura prestação jurisdicional.

O Processo Cautelar é um processo de conhecimento como qualquer outro, apenas com a diferença de ser um processo com lide sumária, onde a cognição do juiz fica limitada a um juízo de probabilidade e não de certeza.

Ao Processo Cautelar aplicam-se subsidiariamente todas as normas e princípio próprio do Processo de Conhecimento, como de resto o próprio Código assim o trata, destacando apenas aqueles pontos que lhe são peculiares e que decorrem de sua natureza especial de processo tangido pela urgência e que não almeja a obtenção de solução imodificáveis, protegidas pela coisa julgada.

Além dos procedimentos cautelares específicos regulados no Código, o juiz poderá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Neste caso, para evitar o dano, o juiz poderá autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

Este é o chamado poder cautelar geral do juiz e que se justifica porque não poderia o legislador prever todas as hipóteses em que bens jurídicos envolvidos no processo fiquem em perigo de dano e muito menos todas as medidas possíveis para evitar que esse dano ocorra.

1.3.1 TEMPORARIEDADE

Em relação à natureza provisória da tutela cautelar, Lopes da Costa, com muita propriedade, leciona:

“Temporário, é o que dura determinado tempo.”

‘Provisório’, porém, é o que, por algum tempo, serve até que venha o “definitivo”. O temporário se define em absoluto, apenas em face do tempo; ‘provisório, além do tempo exige a previsão de outra coisa em que se sub-rogue.

Desta forma, o provisório é sempre trocado por um definitivo.

A substituição que se observa nas medidas cautelares, em processo, não se faz, porém, do mesmo modo que se observa na sucessão dos atos processuais, sem incidentes. A medida preventiva surge com processo antecedente ou incidente”.

Diversos são os autores que não fazem esta distinção, simplesmente atribuem ao processo cautelar a “função auxiliar e subsidiária, servindo à tutela do processo principal, onde será protegido o direito.

Dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do resultado útil das atividades cognitivas e executivas. Sua eficácia é essencialmente temporária e provisória; só dura enquanto se aguarda a solução do processo de cognição ou de execução, que é o principal, que presta a tutela definitiva”.⁹

Retirando toda a importância da tutela cautelar, o mesmo autor afirma que aquele não tem um fim em si, eis que serve a um processo principal e, em consequência, sua existência é provisória, pois depende das contingências deste’.

O pressuposto de que a tutela cautelar seja uma forma de proteção provisória está intimamente ligada à premissa principal que é a conceituação da tutela cautelar como

⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Processo Cautelar. 16.ed. São Paulo : Universitária de Direito, 1995. p.41.

instrumento de proteção do processo ou, como dizia CALAMANDREI, a tutela cautelar como “instrumento do instrumento”.¹⁰

Temporário é, simplesmente, o que não dura sempre, o que independe de que sobrevenha outro evento e tem por si mesmo duração limitada; provisório, é ao contrário, o que está destinado a durar até quando sobrevenha um evento sucessivo, em vista e à espera de qual estado de provisoriedade subsiste durante o tempo intermediário.

Ovídio Baptista, fazendo alusão ao arresto, afirma que este não perde a eficácia com o trânsito em julgado da sentença condenatória, pelo que a medida cautelar nada teria a ver com a duração do processo principal, vinculando-se, como temporariedade - não provisoriedade à situação de perigo de dano iminente ao direito da parte.

Realmente a tutela cautelar, como temporariedade conecta-se à situação de perigo, razão pela qual pode não só desaparecer com o trânsito em julgado da sentença condenatória, como pode, também deixar de existir sem que a tutela definitiva tenha sido prestada, desde que o seu desaparecimento não prejudique tal prestação, é o caso do fim da situação de perigo antes mesmo do início do processo principal ou na pendência deste.

No entanto, as medidas cautelares não deverão ter sua duração determinada pela emanção de uma providência definitiva que as substitua, mas deverão de durar enquanto dure o estado perigoso. Não criando situações fáticas definitivas, ou cujos efeitos sejam irreversíveis: quer dizer, a medida cautelar deverá ser em si mesma temporária, e igualmente temporária em seus efeitos.

¹⁰ SILVA, p. 37.

1.3.2 ACESSORIEDADE

Nosso Código de Processo Civil não reconhece, como acabamos de ver, uma autêntica autonomia à ação cautelar, a ponto de poder ela prescindir de um processo satisfativo, dito principal, de modo que a tutela obtida através da demanda cautelar pudesse bastar-se a si mesma e não carecesse a tutela no juízo cautelar de ser confirmada pela sentença do processo principal.

A noção de acessoriedade, que o Livro III do Código de Processo Civil introduz em relação a processos, tem, pois, de ser entendida como para o que mais acontece em relação aos processos de que se trata o mesmo Livro, excetuados, assim, os casos em que processos que costumam ser acessórios não no são e aquelas medidas, que de modo nenhum se devem conceber como sendo, de ordinário, acessórias.

“A tutela cautelar compõem-se de três espécies: o processo cautelar autônomo, as providências cautelares incidentais e o processo cautelar propriamente dito. A função preventiva do processo pode apresentar-se realmente sob três formas:

- a) como objeto de um processo autônomo. É o caso da ação possessória de prevenção e da ação de prevenção contra o dano;
- b) como ato ou termo de um processo pendente;
- c) como objeto de um processo dependente de outro. É o caso da maior parte dos processos preventivos e conservatórios.

As providências cautelares visam a garantir a eficácia de uma decisão judicial a proferir, ou já proferida; os processos preventivos têm, neste sentido, um caráter instrumental; com eles não se pretende a satisfação imediata de um interesse; eles são um meio de conseguir que esse interesse seja satisfeito posteriormente; eles proporcionam as diligências necessárias para garantir que mais tarde, oportunamente, se consigna a eficácia das decisões proferidas num processo ulterior, podendo assim,

dizer-se que o processo preventivo se destina à realização de um meio, ao passo que o processo declarativo e o executivo tendem à consecução de um fim; com as providências conservatórias procura atenuar-se, tanto quanto possível, o *periculum in mora*.¹¹

A designação de processo ou providência cautelar só cabe rigorosamente a esta terceira espécie.

Assim, a providência cautelar pressupõe, necessariamente, um outro processo, o processo principal, em que a relação jurídica substancial há de ser analisada e apreciada segundo os trâmites e as garantias necessárias. Entretanto, para que este trabalho de preparação lenta e de formação conscienciosa do caso julgado possa realizar-se sem perigo de dano jurídico, intervém o processo cautelar, decretando determinadas providências com base numa análise superficial e provisória da solução litigiosa, de modo que a idéia de principal e acessório fica restrita exclusivamente à identificação do pressuposto, como ocorre nas hipóteses de competência e prevenção, quando for o caso (artigo 800 Código de Processo Civil).

Assim é que o processo cautelar não se propõe a realizar diretamente o direito material, essa é a função do processo principal. O papel do processo cautelar é mais modesto: prepara os meios necessários para que o processo principal atinja plenamente o seu fim sem precipitação nem tumulto. Garante ele o direito, mas não o confere desde logo e por antecipação, ao seu autor. Assim, estranha lhe é a realização do próprio direito invocado e, portanto, qualquer caráter de satisfatividade, sob pena de, antecipadamente, se ver esvaziado o conteúdo da ação principal (REIS, 1968).

O que se decide na ação cautelar é apenas se há ou não o risco para a efetividade ou utilidade do processo principal, e nunca se a parte tem ou não direito subjetivo material que pretende opor a outra parte. A solução da lide fica inteiramente reservada

¹¹ REIS, José Alberto dos. A figura do Processo Cautelar. Coimbra : Coimbra, 1968. p. 23.

para a função jurisdicional de cognição ou de execução, de maneira que, qualquer que seja a decisão do processo cautelar, não há reflexos, vinculativos, nem vantajosos, nem perniciosos, sobre a decisão de mérito (JÚNIOR, 1995.).

O Código de Processo Civil estabeleceu, como regra absoluta, o princípio de que todo o procedimento cautelar não poderá sobreviver sem que haja um processo principal de que ele necessariamente seja acessório e dependente, embora goze de autonomia, sob o ponto de vista procedimental (SILVA, 1993).

Esta disposição legal significa duas coisas: a) não pode haver autonomia da tutela cautelar, a não ser autonomia meramente procedimental. Ela somente estará legitimada, segundo o Código, se houver um processo principal (satisfativo) a que a mesma se ligue, por um vínculo de dependência; b) sendo embora dependente, o procedimento cautelar é autônomo sob o ponto de vista do procedimento, de modo a constituir uma relação processual distinta e inconfundível com a relação processual formada pela lide principal. Estes princípios que se podem extrair do art. 796, vêm confirmados pelo art. 809 do Código, que expressamente alude aos autos do procedimento cautelar, para dizer que estes deverão ser apensados aos autos do processo principal.

Todavia, se afirmamos que a ação assecurativa, que corresponde a uma pretensão específica à tutela jurídica, é a pretensão à segurança, devemos afastar qualquer idéia de acessoriedade que possa ligar o provimento cautelar a um outro provimento.

A prestação jurisdicional visa a eliminar ou evitar a probabilidade de sacrifício de um interesse, face a uma situação perigosa. Desta maneira, não há como vincular-se essa especial tutela jurisdicional ao resultado de um outro processo que muitos consideram *principal*.

Sendo atribuído ao provimento cautelar o caráter instrumental, estamos negando o caráter de prestação jurisdicional autônoma.

Definida a autonomia da jurisdição cautelar pode-se afirmar que, como qualquer outra, esta tem o caráter satisfativo em relação à pretensão que lhe é específica, qual seja, a segurança.

Não pode, pois, o juiz, ao deferir medidas cautelares, quando da mesma natureza do pedido principal, ultrapassar os limites máximos do próprio direito hipoteticamente a ser concedido, nem antecipar a execução para ganhar tempo da satisfação do possível credor, nem violar a coisa julgada. Ainda, não deve o juiz pretender substituir pela providência cautelar o cabimento de um processo de conhecimento ou executivo e também substituir por uma medida inominada a medida expressamente disciplinada que, por falta de requisito legal, não pode ser concedida. Há que se atentar, porém, para a situação de tutela antecipada do art. 273 do Código de Processo Civil.

Em razão da autonomia do processo cautelar, qualquer decisão que se profira, nenhuma influência, em princípio, exercerá no processo de conhecimento ou de execução a que se refere a cautela. Excepcionalmente, considera-se que o reconhecimento de prescrição e decadência, no processo cautelar, exerce influência em outro processo.

Assim, posiciona-se o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“A medida cautelar tem como objetivo assegurar a eficácia e utilidade do processo principal, não podendo, assim, antecipar a prestação jurisdicional que diz respeito ao direito material, pois isso equivaleria a dar-lhe o caráter de execução provisória de uma sentença que não existe. Não cabe, assim, medida cautelar com caráter satisfativo, isto é, como sucedâneo de ação principal” (Apelação 89.01.24554-0-MG, Diário da Justiça da União de 11.11.91, pág. 28.277).

Desta forma, não é lícito, no âmbito da tutela cautelar, deferir medidas satisfativas, sob condição de posterior reposição, caso ocorra a sucumbência na ação principal: ‘assim, não se pode ordenar o cancelamento de uma hipoteca da coisa, por força de compra e venda das questões oriundas da locação, a entrega da coisa ou o despejo’.

Recomenda o doutor Humberto Theodoro Júnior:

“Para não transformar a liminar satisfativa em regra geral, o que afetaria, de alguma forma, a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e ampla defesa antes de ser o litigante privado de qualquer bem jurídico (Constituição da República Federativa do Brasil/88, art. 5º, incisos LIV e LV), a tutela antecipada submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial”.¹²

Assim já decidiu o Tribunal do Estado de Santa Catarina:

“As ações cautelares não operam no plano da satisfatividade, senão no da provisoriedade, com o objetivo precípua de assegurar o resultado útil da demanda principal, preservando a futura execução dos efeitos invariavelmente nefastos da demora na entrega da tutela jurisdicional. Asseguram elas a efetividade do direito reclamado, mas não conferem esse direito, desde logo e por antecipação, ao seu autor. Assim, estranha lhes é a realização do próprio direito invocado e, portanto, qualquer caráter de satisfatividade, sob pena de atribuir-se aos provimentos acautelatórios natureza de irreversibilidade, privando a parte contrária, de modo definitivo, do bem ou direito, sem, ao menos, a garantia do contraditório”.¹³

É possível identificar (sempre coma ressalva de que outras situações podem surgir) algumas espécies de bens jurídicos envolvidos no processo e que podem receber a proteção cautelar.

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 96.002231-7. Relator : Des. Anselmo Cerello.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 96.010974-9. Relator: Trindade dos Santos Acórdão de 08.07.97, p. 06.

a) Em primeiro lugar, temos os direitos e faculdades processuais, que podem ser objeto de proteção cautelar quando qualquer circunstância colocar em risco a possibilidade de sua atuação adequada. Entre as medidas específicas tem essa finalidade a produção antecipada de prova e em alguns casos a justificação.

b) Em segundo lugar, temos o próprio direito discutido e as medidas que, diretamente, com ele se relacionam, assemelhando-se a uma antecipação da execução, como, por exemplo, o seqüestro.

c) Em terceiro lugar, encontram-se providências jurisdicionais satisfativas ou inseridas no item satisfativo que também precisam de proteção ou asseguramento, como, por exemplo, a medida executiva penhora, que é assegurada pelo arresto. A penhora é a medida executiva que inicia o processo de expropriação de bens para o pagamento do credor. O bem jurídico objeto do processo é o pagamento, e o arresto acautela a providência penhora que levará, após outras medidas jurisdicionais, a ele.

d) Em quarto lugar, encontramos os bens jurídicos dependentes ou acessórios do bem jurídico objeto do processo, ou, ao contrário, os bens jurídicos que condicionam e antecedem o bem objeto do processo, que podem ser assegurados em virtude da relação do direito material entre eles existente. Por exemplo, o arrolamento de bens relacionado com uma ação de separação judicial da qual resultará a partilha.

e) Em quinto lugar, temos as conseqüências ou efeitos práticos da tutela jurisdicional, que podem ser assegurados para que a decisão tenha utilidade para o vencedor ou não lhe cause prejuízo. Exemplo disso é a sustação de protesto, que visa a impedir os danos decorrentes da conduta abusiva do detentor de um título que pode ser declarado nulo, ou a caução como contracautela dos prejuízos que pode causar outra medida cautelar.

f) Em sexto lugar, é admissível a cautelar para evitar a consequência danosa (mora, multas), na eventualidade da perda da demanda, como se costuma fazer com o depósito para fins de evitar as sanções tributárias pela mora se o autor perder a ação negatória de débito fiscal.

Como se vê, sempre há uma relação entre a providência cautelar e o bem jurídico objeto do provimento definitivo, mas essa relação pode ser indireta, instrumental (processual), de dependência, e sempre hipotética, porque não se sabe se o provimento será favorável ou, no caso de medida requerida antes da ação principal, sequer se a ação principal será proposta. Deve haver, apenas, um prognóstico, possibilidade ou intenção de se pedir um provimento definitivo. Há, aliás, medidas cautelares que podem tornar prejudicado o interesse material da pretensão definitiva, como, por exemplo, a exibição de documento ou coisa que, exibido o documento ou a coisa, revela a desnecessidade de uma ação principal.

Fica bem claro, porém, que as medidas cautelares, especialmente nos casos “a”, “c” e “e” acima aludidos, têm natureza, força e efeito prático absolutamente distintos da natureza do provimento jurisdicional principal ou definitivo.

CAPÍTULO II - TÉCNICAS DE COGNIÇÃO

Para que se possa adequar o procedimento à pretensão de direito material, de grande importância é a análise da cognição, como técnica destinada à concepção de tutelas jurisdicionais diferenciadas

A cognição pode ser referida a dois planos distintos: horizontal, que diz respeito à amplitude de conhecimento do juiz; e vertical, que permite à profundidade da cognição do juiz acerca da afirmação dos fatos.

Horizontal ⇒ extensão; Vertical ⇒ profundidade.

No plano horizontal, o processo terá cognição plena ou parcial, conforme se permita, ou não, o conhecimento de todo o conflito de interesse. O plano vertical diz respeito à intensidade de relação entre o sujeito e o objeto, ou seja, ao grau de cognição do objeto. Nesta perspectiva, a cognição pode ser exauriente, sumária ou superficial.

2.1 TÉCNICA DE COGNIÇÃO HORIZONTAL

No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo (trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: binômio, com exclusão das condições da ação). Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial) segundo a extensão permitida.

Divide-se em: cognição plena e parcial.

A cognição plena diz respeito à amplitude do conhecimento. Não importa a possibilidade de cognição exauriente do objeto, que pode ocorrer, ou não, nos processos com cognição plena. A cognição plena alude ao plano de direito material.

A cognição parcial implica a limitação, a fixação de um determinado objeto litigioso, ou a amplitude da defesa. Exemplo clássico ocorre nos embargos do devedor, como também nas ações possessórias, pois impede-se que as objeções petitórias sejam conhecidas.

O legislador, através da cognição parcial, pode desenhar procedimentos reservando determinadas exceções, que pertencem à situação litigiosa, para outros procedimentos; assim, nos procedimentos de cognição parcial, o juiz fica impedido de conhecer as questões reservadas, ou seja, questões excluídas pelo legislador para dar conteúdo a outra demanda. Pode-se citar o exemplo das ações possessórias e das ações cambiárias. Esta técnica de cognição parcial pode operar de dois modos: fixando o objeto litigioso (embargos do devedor) ou estabelecendo lindes da defesa.¹⁴

2.2 TÉCNICA DE COGNIÇÃO VERTICAL

Como já afirmado, esta divide-se em: exauriente, sumária ou superficial.

A primeira é a cognição típica dos processos que objetivam a solução definitiva das lides trazidas ao conhecimento do magistrado. Há, desta forma, a apreciação de toda e qualquer questão relativa à lide.

¹⁴ MARINONI. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. p.15.

No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumaria (incompleta).

Cognição limitada (ou parcial) e exauriente: com limitação quanto à amplitude do debate das partes e conseqüentemente da cognição do juiz, mas sem limite no sentido vertical, da profundidade, quanto ao objeto cognoscível. Cognição pela ou limitada e exauriente: somente haverá cognição se o demandado tomar a iniciativa do contraditório, ou a cognição prevista no esquema abstrato da lei pode ficar prejudicada segundo o comportamento do demandado. Cognição sumaria ou superficial, em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou para a antecipação do provimento final, nos casos permitidos em lei. Cognição rarefeita, que é o de execução.

Assim, a lide objeto da cognição não mais será objeto de cognição em outro processo.

Já a cognição sumária é menos aprofundada. É a cognição própria das situações de aparência, ou melhor, dos juízos de probabilidade. Estes procedimentos não permitem, em razão de um determinada situação, a cognição aprofundada do objeto litigioso, reduzindo a produção de provas.

Em relação a terceira, ou seja, cognição superficial, esta é própria dos juízos de verossimilhança. Trata-se da cognição típica das liminares proferidas em atenção à verossimilhança de que o fato afirmado existente possa vir a ser provado durante a instrução sumária.

2.3 TÉCNICA DE COGNIÇÃO DA TUTELA CAUTELAR

As situações de perigo, por conduzirem inarredavelmente a situações de urgência, fazem da tutela cautelar, um juízo de probabilidade.¹⁵

Assim a tutela cautelar é classificada como sendo uma tutela de cognição sumária.

Tal técnica de cognição permite a construção de procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela.

Assim, a restrição da cognição conduz aos juízos de probabilidade e verossimilhança, ou seja, às decisões ficam limitadas a afirmar o provável.

A tutela cautelar constitui-se em tutela sumária objetivando esta última: a) assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela cautelar); b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória urgente); c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista do custo procedimento comum, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); d) realizar, quando o direito do autor surge como provável e a defesa é exercida com objetivo protelatórios, antecipadamente um direito (a tutela antecipatória).¹⁶

O conteúdo da medida cautelar, haja vista a matéria cognitiva, não pode ser idêntico àquele que seria alcançado se julgada procedente a ação principal, impondo-se, pois, a distinção entre ambos. Se o efeito decorrente da medida cautelar, deferida que seja, equipara se ao que decorrerá do processo principal, algo errado existe, porque

¹⁵ MARINONI. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. p.23.

¹⁶ MARINONI. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. p 17.

já será satisfativa a prestação. E, aí, cumpre obstar prospere o pleito. Em suma, os pedidos não se podem, absolutamente, identificar em sua essência, de molde a permitir que, na cautelar, se postule aquilo que somente poderia ser encarecido — e obtido — como resultado da principal.

Observados tais princípios, urge explicar que o sistema recursal no processo cautelar não pode ser amplo, como se dá entre nós, pois acabam desvirtuando inteiramente a faculdade concedida aos magistrados de grau inferior para concederem medidas liminares, fundadas em juízo de mera probabilidade; a censura exercida pelos tribunais sobre os magistrados que as concedem, anula inteiramente os benefícios que se poderiam conseguir em efetividade do direito. No direito brasileiro, o sistema recursal contra a concessão das medidas cautelares, sob forma de provimento liminares, pode levar à destruição da funcionalidade destas.

2.4 PROCESSO CAUTELAR E A COISA JULGADA

A sentença no processo cautelar é *sui generis*, uma vez que é impossível a construção de uma teoria coerente sem prévia aceitação da categoria das ações e sentenças mandamentais. Somente uma categoria de sentenças que sejam, ao mesmo tempo, ato jurisdicional típico incapaz de produzir coisa julgada e definitivo, no sentido de corresponder a uma espécie de tutela jurisdicional que se completa com uma sentença que encerra uma determinada relação processual, como qualquer sentença de mérito e, mesmo assim, não declara o direito assegurado, poderá ser apta a servir à finalidade a que se destina a tutela cautelar.¹⁷

¹⁷ SILVA, opus cit, p. 48.

A sentença mandamental contém mais ordem do que juízo (julgamento), pois há a proteção de um direito apenas eventual, sem que o magistrado, portanto, ao protegê-lo, declare sua própria existência, quer dizer, sem que sobre o ato sentencial se produza coisa julgada material.

O conteúdo, portanto, da sentença cautelar será formado, no mínimo, por estes dois elementos: ordem, ou eficácia mandamental e, a declaração que está invariavelmente presente, como parte de seu conteúdo, porém, em dose menos intensa, ou mais rarefeita, posto que o juiz nada declara com força de coisa julgada, baseando-se o julgamento em juízo de simples verossimilhança do direito invocado pelo autor (SILVA, 1993).

A simples aparência do direito que se aprecia na cognição sumária basta para que as medidas cautelares sejam concedidas, restando a tranquilidade de que eventuais erros, ou eventuais distorções poderão ser desfeitas, posteriormente no processo principal. Por isso mesmo é que, em princípio, os julgamentos cautelares não passam em julgado, não adquirindo, assim, a autoridade de coisa julgada material.

Porém, há um *quantis satis* de convencimento. Um mínimo de persuasão, muito embora as regras da avaliação sejam daquelas relativas à avaliação da prova que leva à certeza.

Extrai-se da lição de Pontes de Miranda:

“Nos processos de ações cautelares há um *minus*, e esse menos impede que a eficácia da sua sentença equivalha à eficácia da sentença no processo que se propuser *principaliter*. A pretensão à segurança pára exatamente onde a pretensão principal ainda continua; o processo preventivo atinge o seu fim antes de ser atingido o fim do processo principal; qual deve ser a eficácia suficiente da sentença, isso tem por base a pretensão à tutela jurídica, e, pois, depende dela e da sua especificação”¹⁸.

¹⁸ MIRANDA, opus cit. p. 23

A respeito do que constitui o mérito do processo cautelar, há divergência na doutrina. O Prof. Donaldo Armelin afirma “o perigo iminente e a plausibilidade do direito a ser questionado no processo de conhecimento constituem a fundamentação do pedido de cautela, não podendo destarte, ser confundidos com as condições da ação (...) se o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* forem classificados entre as condições específicas da ação cautelar, verificar-se-á que, necessariamente, farão parte da admissibilidade e da fundamentação, pois, se nesta categoria não se encartarem, o pedido de cautela virá despido de qualquer fundamentação”.¹⁹

Ovídio Baptista, em sua obra “Curso de Processo Civil”, assevera que a inaptidão da sentença cautelar para alcançar a estabilidade peculiar à coisa julgada material decorre da ausência de qualquer declaração sobre relações jurídicas que possam ser controvertidas na demanda cautelar. O juiz, ao decidir a causa, limita-se a afirmar a simples plausibilidade da relação jurídica de que o autor se afirma titular; e a existência de uma situação de fato de perigo. Ora, como se sabe, o juízo sobre fatos jamais adquire o selo da indiscutibilidade, pois sobre eles não se estende a coisa julgada (art. 469 do Código de Processo Civil). E não havendo declaratoriedade relevante, na sentença, não haverá espaço para se estabelecer a coisa julgada material. O juiz da futura demanda, ao reapreciar a mesma causa, e decidir de modo diverso, nunca poderia agredir uma declaração sentencial contida no primeiro julgamento, pois que a primeira sentença, por definição, nada declarou a respeito de qualquer relação jurídica.

O que acontece, no âmbito do processo cautelar, é apenas a proibição da renovação do pedido com idêntico fundamento.

Assim, a tutela cautelar não produz coisa julgada material, pois o juiz nada declara, limitando-se, em caso de procedência, a afirmar a probabilidade da existência

¹⁹ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979. p. 79.

do direito e a ocorrência da situação de perigo, de modo que, proposta a “ação principal e aprofundada a cognição do juiz sobre o direito afirmado, o enunciado da sentença sumária, que afirma a plausibilidade da existência do direito, poderá ser revisto, para que o juiz declare que o direito, que supunha existir, não existe.”²⁰

2.5 SATISFATIVIDADE NO ÂMBITO DA TUTELA DE COGNIÇÃO SUMÁRIA

É uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical.

Através dela se busca, no dizer de Calamandrei, “um *giudizio di probalitia di verosimiglianza*”.

A cognição será sempre mais intensa na atividade de produção de efeitos no direito; que é dependente de sentença, do que na atividade de produção de efeitos de fato.

A cognição torna-se necessária no momento em que o Estado avoca para si o monopólio da justiça, interpondo-se entre os homens em conflito de interesses.

A importância da cognição resulta da própria natureza da atividade do juiz, que para conceder a prestação jurisdicional precisa, na condição de terceiro que se interpõe entre as partes, conhecer primeiro das razões (em profundidade, ou apenas superficialmente, ou parcialmente, ou definitivamente, ou em caráter provisório; para depois adotar as providências voltas à realização prática do direito da parte. E decorre também da intensa utilização que o legislador dela faz para conceber procedimentos diferenciados para a melhor e efetiva tutela de direitos.

²⁰ MARINONI. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. p 18.

Em relação à ação que satisfaz o direito mediante cognição sumária, Ovídio Baptista afirma que essa particularidade reside no fato de inverter-se o ônus da iniciativa processual, desobrigando o autor da promoção da ação plenária subsequente, e transferindo este encargo ao demandado que haja sofrido os efeitos da medida e tenha interesse em converter a relação jurídica fundamental (SILVA, 1993).

Porém, o Professor Luiz Guilherme Marinoni não tem a mesma opinião:

“À medida que o procedimento antecipatório realiza sumariamente o direito, cogita-se acerca da desnecessidade de uma ‘ação principal, ou mesmo da inversão da propositura de tal ação.”

“A sumariedade da cognição, por não permitir declaração, não faz surgir coisa julgada material. Em outras palavras, um juízo definitivo, próprio a atingir a marca da imutabilidade, pressupõe, necessariamente, cognição exauriente. A necessidade do ‘processo principal’, portanto, decorre da incompatibilidade entre cognição sumária e coisa julgada material. Ora, o procedimento materialmente sumário restringe o direito à prova, que é corolário do *due process of law*. Demais o cidadão tem direito ao julgamento com base em cognição adequada, ou seja, o cidadão tem direito de exigir o conhecimento adequado das suas alegações.”²¹

Neste caso é que o processo de cognição exauriente vem somente complementar a função do processo de cognição sumária, garantindo o direito à adequada cognição da lide.

Kazuo Watanabe estabeleceu um critério para determinar a dispensabilidade eventual do “processo principal”. Para tanto, frisou o conceito de “referibilidade”, apresentado pelo Professor Ovídio Baptista. Estabeleceu Watanabe que a

“referibilidade’ apresenta graus de intensidade e que somente quando a causa de pedir da ação cautelar, no seu dado remoto, contém ou deve conter a afirmação relativa à ação principal, é que esta se faz necessária.” Vezes há, todavia, que a iminência de dano irreparável resulta de um *ato cuja desconformidade ao direito está em si mesmo, e não na relação jurídica mais ampla a que está ligado*. A ação cautelar, em tal hipótese, não supõe qualquer ação principal”.

Em termos de objeto da cognição principal do juiz na ação cautelar, vale dizer, do mérito da ação cautelar, do seu objeto litigioso, o elemento que desponta, além da “situação perigosa”, é o direito ou a pretensão material à cautela, afirmada na inicial, e é em relação a ela que se formula o pedido de tutela cautelar. A *cognição sumária* não diz respeito apenas a essa causa de pedir remota, e sim, principalmente ao próprio direito substancial de cautela afirmada. Mesmo a ação mandamental, o que supõe uma cognição exauriente.

Porém, torna-se necessário esclarecer que tais medidas não são cautelares.

Ovídio Baptista leciona:

“Nossa concepção a ação cautelar, como entidade autônoma, não dispensa sua vinculação a um direito, pretensão, ou ação a que aquela presta segurança. A referibilidade, a idéia de transitividade da ação cautelar ligando-se a uma situação jurídica relevante, é inafastável. Assegura-se algo; dá-se proteção assegurativa a uma pretensão de direito processual, ou de direito material, a um direito subjetivo, ou, até mesmo, a um outra ação. Portanto, o sentido de autonomia que se reconhece à ação cautelar, de modo algum, corresponde a uma absoluta e total desvinculação desse tipo de tutela jurisdicional frente à situação cautelada”²².

Para que exista cautelaridade é necessária a referibilidade a um direito acautelado. Pede-se cautela fazendo-se referência a um direito que deve ser protegido

²¹ idem, p 44.

²² SILVA, Ovídio Baptista da Silva. *A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro*. 1.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979. p.128

ou assegurado cautelarmente. Inexistindo referibilidade, não há direito acautelado. Ocorre, neste caso, satisfatividade; nunca cautelaridade.

Choca-se, assim o entendimento defendido por Watanabe com o posicionamento de Ovídio Baptista, o qual é categórico quando afirma que não havendo referibilidade, é porque há satisfatividade. Ovídio Baptista jamais admitiu ação cautelar satisfativa, mas tão somente uma ação cautelar autônoma. Como exemplo, cita a *caucio damni infecti*, que seria ação principal (autônoma) e cautelar, precisamente porque nela existiria a “referibilidade” ao direito acautelado. Conclui que, a caução, ainda que autônoma, não satisfaz.

Alcides Alberto Munhoz da Costa diverge de Ovídio Baptista quando diz que “pode-se afirmar, 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. Todavia, não é essencial para a configuração da lide cautelar.”²³

Luiz Guilherme Marinoni diante de tal divergência doutrinária, afirma acertadamente:

“Ao lado da tutela cautelar apresenta-se uma outra espécie de tutela urgente, que realiza a pretensão no plano fático mediante cognição sumária da lide.”

“Trata-se de tutela sumária antecipatória. Esta tutela tem por fim realizar antecipadamente a pretensão, não se destinando, como a tutela cautelar, a assegurar uma pretensão e, pois, a servir a um ‘processo principal’. É que se a tutela antecipatória satisfaz a

²³ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Autonomia do Processo Cautelar. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. Curitiba, v.14, p.25, set.1989.

pretensão, nada resta para ser assegurado enquanto dura o processo principal. O processo principal, neste caso, conforme já dissemos, aparece apenas como meio para que seja exercitado o direito à adequada cognição da lide.”²⁴

2.6 TUTELA DE URGÊNCIA

A tutela de urgência, composta pela tutela cautelar e pela sumária antecipatória, está engastada no Constituição Federal. Percebe-se que a Constituição Federal de 1988 contém a locução “ameaça a direito” na verbalização do princípio da inafastabilidade, o que não ocorria na Constituição anterior. Isto bem revela o propósito de o constituinte garantir constitucionalmente a tutela de urgência, seja a cautelar, seja a sumária antecipatória. Existe, pois, direito constitucional à tutela de urgência.

A importância transcendental que a tutela de urgência assumiu no cotidiano do foro, e a sua conseqüente e visível conotação com a questão do “acesso a justiça”, fundamentam uma tentativa de sistematização das tutelas urgentes, e animam a reflexão teórica a respeito de temas (como a efetivação da tutela sumária urgente), ainda não dilucidadas, que gravitam na órbita do processo cautelar.²⁵

Somente em lides, onde o direito postulado requer a tutela de urgência, não permitindo ao julgador uma cognição assecuratória ineficaz ou mediata, sob pena de colocar em risco direitos sociais como o próprio direito a maternidade e ao pleno desenvolvimento do recém-nascido, é inquestionável a legitimidade das *cautelares satisfativas*, as quais devem ser alçadas do mundo jurídico para o dos fatos apenas em raríssimas ocasiões, ante o exame não só dos requisitos especiais a este tipo de medida, mas também com observância da natureza dos bens em litígio. Direito à licença a

²⁴ MARINONI. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. p 58.

²⁵ *idem*, p. 13.

maternidade de cento e vinte dias, concedido liminarmente e confirmado no exame da cautelar, mantido.

O Superior Tribunal de Justiça em relação à satisfatividade no processo cautelar, posiciona-se:

“... a doutrina e a jurisprudência inclinam-se no sentido de que a medida de interdição de prédio ou estabelecimento tem caráter satisfativo, não se podendo cogitar do ajuizamento de ação principal. É que essa medida não tem natureza preparatória, exaurindo-se a pretensão do Poder Público com a sua concessão.”

“Dissertando sobre o tema, ensina Humberto Theodoro Júnior, que “embora regulada entre as medidas cautelares, esse provimento não deixa de ser satisfativo de direito substancial, visto que exige a demonstração de um risco concreto a bens tutelados independentemente do processo principal, como sejam a saúde e a segurança públicas. Não obstante basear-se na sumária cognitiva do procedimento cautelar, o deferimento da medida, na verdade, não se faz para servir a outro processo, mas sim diante de um julgamento que reconhece, desde logo, a nocividade do uso da propriedade e a necessidade de fazê-la cessar em definitivo”.²⁶

Os Tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, têm admitido, em procedimento cautelar, efeito suspensivo a recursos que não o têm. Mas, nesses casos, a cautelar é necessariamente “incidental”. Ela, na hipótese, tem objetivo definido e limitado, que é a consecução de efeito suspensivo a determinado recurso. Atendido ou não o seu objeto, o procedimento cautelar se “exaure”, em si mesmo, independentemente da promoção de qualquer outra ação. A ação principal, no caso, é dispensada, porque o resultado se obtém através do procedimento cautelar simplificado que basta, em si, sendo “satisfativa a medida dele decorrente. Aqui, o artigo 806 é inaplicável, dado que é manifesta a desnecessidade do ajuizamento de ação principal, porque essa seria despida de objetivo. A medida incorpora-se aos atos

²⁶ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial de n. 7.787-0 -São Paulo.

do “procedimento recursal”, cessando a sua individualidade processual, porque se exauriu, com o próprio julgamento. A promoção a ação principal seria perda de tempo, quando não um *bis in idem*.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

MEDIDA CAUTELAR - Busca e Apreensão - Documentos - Pretendida a extinção da cautelar por não proposta no prazo legal - Inadmissibilidade - Medida de natureza satisfativa - Desnecessidade de propositura de ação principal no prazo de 30 dias.²⁷

A expressão *satisfativa*, no âmbito das medidas cautelares, não é uma expressão inteiramente correta, exatamente porque as cautelares, por definição não satisfazem. O que ocorre na verdade, são tutelas sumárias autônomas, definitivas, por não serem temporárias em seus efeitos, posto que determinam conseqüências que somente poderão ser reparadas por meio de alguma forma de indenização. Seus efeitos são definitivos e irreversíveis.

A legitimidade deste tipo de tutela é manifesta, tendo-se em vista a supressão, determinada por nosso direito atual, dos demais instrumentos de sumarização de demandas.

No campo jurídico, satisfação significa a obtenção da tutela jurisdicional, de forma definitiva, tanto no plano jurídico como no plano fático, em decorrência de uma eficácia declaratória da decisão, capaz de torná-la imutável. Assim, a liminar só antecipa os efeitos externos ou secundários da sentença e que, por esta condição, refletem-se no mundo dos fatos. Os efeitos principais, ao contrário, atuam sempre no plano jurídico.

²⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 255.006-2. Relator Celso Bonilha -- Acórdão publicado em 16.02.95)

Neste sentido, Ovídio Baptista da Silva afirma que seria impróprio o magistrado, através de liminar, declarar existente, criar, modificar ou extinguir uma determinada situação jurídica. Assim, a satisfatividade, no caso da tutela cautelar, será sempre fática. Nunca se poderá obter a satisfatividade, pois esta característica é peculiar às decisões definitivas (SILVA, 1993).

CAPÍTULO III - LIMITAÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO

A economia brasileira estava em estado de crise crônica, com altas taxas de inflação, que corroíam o valor da moeda, dava azo ao surgimento, de tempos em tempos, a partir 1986 a 1993, de conjuntos de medidas governamentais destinadas a corrigir os rumos do setor econômico, mediante diferentes tipos de ajustes.

Os chamados “planos econômicos”, massificados pela imprensa com o apelido de “pacotes”, promoviam verdadeira reviravolta nos setores financeiro e fiscal, com a edição de decretos-lei e de medidas provisórias que continham normas disciplinadoras no campo fiscal, tributário e econômico *lato sensu*.

Acontece que, para fazer vingar os planos, o Governo Federal utilizava-se, reiteradamente, de expedientes destinados a evitar o desmonte das medidas, em razão da concessão de liminares, pelo Poder Judiciário. Assim, tais expedientes limitavam o tempo de duração das liminares, ou a impossibilidade de sua concessão.

Ipsa facto, e *ex vi* do art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92, incabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação principal.

Criticando veementemente os dispositivos da aludida Lei n. 8.437, o eminente J. E. Carreira Alvim, com o talento que lhe é peculiar, diz:

Dispondo o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, essa norma de pleno direito impede que a lei ordinária (ou medida provisória) imponha restrições ao exercício da jurisdição, quando a proibição de liminares possa comprometer a integridade dos direitos subjetivos, expondo seus titulares ao perigo de lesão grave, ou de difícil, ou incerta reparação. A garantia constitucional desdobra-se em duas espécies de tutela: a definitiva e a provisória (ou temporária), cada qual fundada em pressupostos próprios, sem os quais o acesso à Justiça não seria completo.”

O preceito constitucional não rechaça apenas a proibição de acesso à Justiça, em termos absolutos, mas toda restrição, ainda que relativa, que limite esse acesso, tornando-o insuficiente para, na prática, garantir, ao jurisdicionado, a necessária proteção ao seu direito.

Assim, qualquer limitação ao exercício do direito de ação, pelo particular, e ao dever de (prestar) jurisdição, pelo Estado, deve ser afastada, in concreto, sempre que importe transgressão ao sistema de defesa dos direitos agasalhados pela Constituição. A função da lei ordinária, no campo processual, é a de disciplinar esse sistema, não dispondo de eficácia jurídica para, sob o pretexto de fazê-lo, neutralizá-lo na sua eficácia²⁷

Na hipótese, é de se ponderar, não propriamente sobre a ilegalidade do artigo 1º, § 3º da aludida Lei n. 8.437, mas, sim, a razão de sua existência.

Referido preceito é, diremos, repetitivo, posto que o que ele determina em benefício do Estado, nada mais é do que aquilo que já é inerente à própria feição jurídica das medidas cautelares: a inoportunidade da concessão de cautelas liminares que esgotem, no todo ou em parte, o objeto da ação principal.

Em seu trabalho “Restrições à Concessão de Liminares”, publicado em Jurisprudência Brasileira, vol. 173, pág. 53 e ss., anota Teori Albino Zavascki, Juiz do Tribunal Regional da 4ª Região e Professor de Processo Civil na UFRGS:

“ (...) O mesmo se diga do § 3º do mesmo artigo, que veda a concessão de “medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”. Medida que esgota o objeto da ação é, certamente, a que inviabiliza, se for o caso, o retorno das partes ao *status quo* ante, acima denominada de satisfativa irreversível”. Que tais medidas, em princípio, atentam contra direito constitucional do demandado - que se

²⁷Medidas Liminares e Elementos Conaturais do Sistema de Tutela Jurídica, GENESIS - Revista de Direito Processual Civil, vol. 3, Curitiba, 1996, pág. 649.

vê definitivamente privado do bem e do direito, sem sequer ter oportunidade de defender-se - não era necessário que a lei viesse dizer. Isto também já decorria do sistema. A liminar, por ser provimento de natureza temporária, não se compatibiliza com medidas de caráter irreversível, insuscetíveis de propiciar, ainda no processo em que foi concedida, o retorno à situação anterior”.

A lei ordinária não pode vedar de forma ampla e irrestrita a concessão de liminares contra o Poder Público; a concessão de liminares, em sede cautelar, restringe-se, como é óbvio, às hipóteses de estarem preenchidos os pressupostos necessários à concessão.

Assim, inexistisse, no ordenamento jurídico pátrio, a expressa e despicienda vedação contida no aludido art. 1º, § 3º da Lei Federal n. 8.437, que se reporta com exclusividade ao âmbito das liminares acautelatórias determinadas contra o Poder Público, ainda assim, considerada a natureza meramente assecuratória do resultado útil da ação, não se poderia agasalhar a concessão, em sede cautelar, de liminares que esgotem a tutela definitiva a ser emprestada na ação principal, tornando-se irreversível e incidindo em uma camuflada antecipação daquela tutela definitiva; entender-se o inverso, equivaleria a municiar-se as liminares acautelatórias, e as próprias medidas cautelares, de um caráter de satisfatividade que refoge-lhes à natureza processual.

A sede cautelar, destarte, não se coaduna com a antecipação da prestação jurisdicional definitiva, uma vez que, por força da instrumentalidade que lhe é inerente, destina-se ela, apenas e somente, a assegurar aquela ocorrente na demanda principal.

CAPÍTULO IV - MEDIDAS CAUTELARES

4.1 PODER GERAL DE CAUTELA

Os pressupostos de admissibilidade de qualquer medida cautelar subordinam-se às condições de qualquer ação, ou seja, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*, sintetizadas no que a doutrina e a jurisprudência, em se tratando de medidas cautelares, consagram como o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Ainda nesta via estreita, as medidas cautelares inespecíficas e o poder (ou o limite do poder) geral de cautela do juiz não podem ter caráter satisfativo.

Se o poder cautelar genérico é amplo e não restrito a casos determinados, não é, porém, ilimitado e arbitrário.

A primeira e maior limitação do arbítrio do juiz, em matéria de poder cautelar, localiza-se no requisito da necessidade, pois só a medida realmente necessária, dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida.

O poder geral da cautela do juiz não é ilimitado a ponto de impedir o exercício de um direito genericamente assegurado pela Constituição e especialmente previsto no ordenamento jurídico; o poder cautelar do juiz não é absoluto, cinge-se aos pressupostos do processo respectivo, não constituindo as medidas cautelares o remédio para todos os males jurídicos.

As providências *típicas* ou *nominadas* têm suas condições e procedimentos prefixados pelo Código de maneira específica. De modo que para os fins colimados na regulamentação de cada uma das figuras nominadas as *ações cautelares são típicas e*

não se pode postular provimento cautelar diverso daquele expressamente pré-estabelecido pela lei, nem podem ser invocadas tais medidas em casos diferentes daqueles para os quais foram previstas segundo a teoria tradicional do processo cautelar.

O deferimento da liminar em medida cautelar inominada é ato decorrente do prudente arbítrio do juiz e insere-se no poder de cautela que lhe é inerente, bastando, para tanto, que verificar nos elementos de convicção fornecidos pela parte os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, afastando o risco de prejuízo de que procura o requerente legitimamente resguardar-se.

Por outro lado, como bem adverte Lopes da Costa, a medida não deve transpor os limites que definem a sua natureza temporária. Não deve antecipar a decisão sobre o direito cuja realização se pretende assegurar.

As medidas cautelares atípicas ou inominadas só podem ser concedidas quando houver fundado receio que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra, lesão grave e de difícil reparação. A expressão ‘fundado receio’ do art. 798 do Código de Processo Civil significa o temor justificado, que possa ser objetivamente demonstrado com fatos e circunstâncias. Não apenas uma preocupação subjetiva.

“Inadmissível o requerimento de medida cautelar inominada que não seja imprescindível à eficácia do processo principal e de mérito, por ser ela subsidiária”.²⁹

As medidas cautelares atípicas têm apenas caráter conservativo, não podendo, por isso mesmo, ter carga de satisfatividade, já que o seu conteúdo não pode ser igual ao da prestação a que corresponde a realização do próprio direito subjetivo que se discute na lide. É exatamente nisso que as cautelares se distinguem da tutela

²⁹ BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível. n. 47.993-2, Relator: Juiz Garcia Leão. Acórdão julgado em 11.10.89.

antecipatória. Com aquelas não se obtém uma antecipação da decisão de mérito, nem se procede a uma execução provisória do direito substancial do demandante.

As medidas cautelares inominadas, dada a feição temporária delas, não podem, pois, solucionar, em definitivo, a situação antijurídica denunciada, nem compor o litígio definitivamente, vez que a sede adequada para tal é o processo principal. A inobservância disto acarreta o prejulgamento do mérito. O mérito, em sede de cautelar, é o concurso do *periculum in mora* e *fumus boni juris*, tão só. O mérito, em sede de cautelar, é diverso daquele que se agita em processo de conhecimento, que se pretende instaurar. Sua solução substitui e extingue a prestação jurisdicional cautelar, e não inversamente. O aludido caráter satisfativo da cautelar não tem fomento jurídico (Revista dos Tribunais 719/134).

Calmon de Passos, ao comentar o art. 798 do Código de Processo Civil:

“... a medida decretável pelo juiz não pode se revestir: a) nem de caráter de antecipação da tutela, se a lei deixa de prever expressamente a possibilidade de liminar; b) nem do caráter de cominação, com vistas a compelir a parte contrária a prestar aquilo a que o autor da cautelar se julga com direito (no processo principal). A cautelar nem antecipa a tutela, diretamente, nem pode, indiretamente, chegar a esse resultado. A antecipação de tutela só é deferível por lei e nos casos estritos que prescreve. E isso se teria obtido ao arrepio da lei tanto na hipótese de o juiz acautelar antecipando, sem que disso cuide a lei, como coagir a parte antecipar a prestação, mediante o desvirtuamento da medida cautelar, revestindo-a de cominação”³⁰.

Neste sentido Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

“Processual civil. Ação cautelar inominada. Pretensão com caráter satisfativo. Inadmissibilidade. Desde que a lei não autorize, expressamente, na ação principal, o deferimento de liminar, afigura-se incabível a sua concessão em cautelar inominada, por maior amplitude que se possa assegurar ao disposto no art. 798 do Código de Processo

³⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro : Revista dos Tribunais, vol. X, 1984. pp. 104 e 105.

Civil. Se assim ocorresse, estar-se-ia a transformar o processo cautelar em processo de execução, o que é inadmissível”.³¹

4.2 MEDIDAS CAUTELARES DE OFÍCIO

O poder reconhecido ao magistrado para a decretação de medidas cautelares destinadas a “salvaguardar o *imperium iudicis*”, dá lugar às medidas cautelares *ex-officio*, pois, em tais casos, como o próprio Calamandrei reconhece, não se trata de defender direito das partes, quando a decretação das medidas haveria de ficar na dependência de requerimento da parte interessada, e sem armar o magistrado de poder que lhe possibilitem a *defesa da jurisdição*.³²

A doutrina chama de “medidas cautelares de ofício” as que, em casos excepcionais ou expressamente previstos em lei, podem ser concedidas para a proteção da atividade jurisdicional. Ora, as medidas que se destinam à proteção da jurisdição, chamadas por Calamandrei de medidas de polícia judiciária, podem ser determinadas pelo juiz nas hipóteses em que este as entender convenientes. É que, se o juiz detém o poder jurisdicional, tem de estar munido dos instrumentos necessários a sua realização. Tais medidas não são cautelares, mas medidas instrumentais, necessárias ao exercício do poder jurisdicional. Não teria cabimento o entendimento de que o juiz, detentor do poder, somente poderia utilizar as medidas inerentes ao seu poder em casos excepcionais ou expressamente previstos em lei.³³

De outra forma não se pode pensar, sob pena de provocar-se a destituição dos poderes do juiz da defesa da jurisdição, até porque são raros os casos “expressamente autorizados em lei”.

³¹ Paraná Judiciário 39/59

³² SILVA. Curso de Processo Civil. p.70.

³³ MARINONI. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. p 32.

Uma vez provocada a atividade jurisdicional com o ajuizamento da ação, no curso do processo, poderá o juiz, *ex officio*, determinar “medidas cautelares” para assegurar a efetiva realização da prestação jurisdicional. O que não parece correto é dar-se ao juiz o poder de, independentemente de requerimento da parte ou do ajuizamento de ação, iniciar a prestação jurisdicional com a concessão de providência cautelar.

A medida cautelar concedida de ofício pode ser revogada a qualquer momento pelo magistrado, mesmo sem alteração das circunstâncias ou do nível cognitivo acerca da lide. Já a medida concedida em razão de solicitação do interessado, que também pode ser revogada independente de manifestação do prejudicado, somente pode ser revogada em virtude de modificação das circunstâncias, ou ainda após novas informações serem acrescentadas ao conhecimento do juiz.³⁴

Justificando tal entendimento Luiz Guilherme Marinoni cita João Batista Lopes que afirma: “Em primeiro lugar, a medida liminar reveste-se de caráter provisório e transitório, sendo pois, de sua própria natureza, a revogabilidade”.³⁵

4.3 MEDIDAS INTERINAIS

As medidas matrimoniais, como a separação de corpos, a guarda provisória de filhos e a regulamentação do direito de visitas, não são cautelares de um direito. Estas medidas destinam-se a regular provisoriamente os interesses do casal e dos filhos e prescindem de qualquer cogitação em torno de perigo de dano iminente e irreparável, embora se justifiquem ainda mais em caso de *periculum in mora*. São concedidas para regular os interesses dos filhos e do casal, ainda que nenhum direito esteja sendo

³⁴ *idem*, p 72.

ameaçado por *periculum in mora*. As medidas matrimoniais não configuram tutela cautelar, mas sim tutela do tipo interinal. A tutela cautelar destina-se a assegurar a possibilidade de realização de um direito, a tutela sumária antecipatória satisfaz desde logo o direito, enquanto a tutela interinal tem por fim regular provisoriamente uma situação ligada à lide.

Estes provimentos têm as seguintes características: a) são provisionais, no sentido de regulação provisória de uma situação processual ligada ao objeto da própria demanda; b) é antecipatória da futura decisão na ação de divórcio, na medida em que poderá, simplesmente, confirmar o que fora antecipado (SILVA, 1979).

Estes provimentos situam-se numa zona cinzenta entre a tutela cautelar e a tutela sumária, destinando-se muito mais a regular provisoriamente os interesses do casal e dos filhos em face da dinâmica da sociedade de massas, do que propriamente assegurar uma pretensão. Não se vinculam necessariamente a uma situação de perigo que ponha em risco de periclitação um direito; ao contrário, constituem meio eficaz de reduzir as angústias psicológicas trazidas às partes e aos envolvidos no conflito.³⁶

Tendem apenas a estabelecer uma ordem qualquer conveniente numa situação que perdeu o equilíbrio normal. São providências que podem ser classificadas de medidas de polícia judicial.

³⁵ *ibidem* apud LOPES, p. 20

³⁶ *ibidem*, p 102.

CONCLUSÃO

Nosso Código não usou boa técnica, pois, no Livro do Processo Cautelar, disciplinou matéria que nada tem de acautelamento a outro processo. Nesses casos, fazendo um crítica mais generosa, pode-se dizer que a intenção do legislador foi determinar a aplicação de princípios e normas do processo cautelar a medidas jurisdicionais satisfativas ou a atos administrativos e de jurisdição voluntária, naquilo que fosse cabível.

Através de um processo gradual de evolução, pode-se chegar a um ponto em que a pretensão apresenta-se, desde logo, não apenas aparente, mas evidente, saltando aos olhos o abuso de direito ou o erro, diante do que o juiz poderá, desde logo, satisfazer o direito e não somente acautelá-lo. Afinal, é justo sacrificar o improvável em favor do provável.

A tutela cautelar configura-se em uma contingência necessária para a estabilidade da jurisdição, bem como para a proibição da realização privada do direito. Assim, se o direito apresenta-se incontestável, toda a demora que ocorrer a partir daí será injustificável, pois a jurisdição tem seu fundamento exclusivo na necessidade de descobrirem-se os direitos realmente existentes, para realizá-los, segundo a lei.

A evolução da natureza do processo cautelar é proporcionalmente contrária à efetividade do procedimento jurisdicional definitivo.

Atualmente o processo cautelar tem sido muito utilizado, fato que contribui para o aprimoramento deste. À medida que novas situações de riscos surgem, maior será a exigência de busca de fundamentos que justifiquem a medida jurisdicional a ser tomada para a proteção de direitos.

Quanto à morosidade do procedimento ordinário, é necessário salientar que para a classe econômica ou politicamente privilegiada, os prejuízos são bem menores, pois para esta são criados procedimentos absolutamente céleres.

O legislador recentemente acrescentou ao procedimento ordinário a tutela antecipada. Esta figura processual surgiu diante da impossibilidade de satisfação do direito no âmbito da tutela cautelar. Mostra-se ela, porém, bastante deficitária dada a inexistência de sistema processual próprio, não lhe tendo sido aprimorada a técnica recursal.

O legislador de 1973, com toda a certeza, deu ao processo cautelar importância nunca antes dada, porém é necessário evoluir, com a criação de institutos peculiares.

Ao operador jurídico cabe buscar um conhecimento mais profundo do processo cautelar, que compreende maior discernimento na valoração das provas, a observação dos limites do processo cautelar, sem a supressão do amplo direito de defesa, do contraditório e do devido processo legal.

BIBLIOGRAFIA

- CAMPOS, Antônio Macedo de. Medidas Cautelares e Procedimentos Especiais. 1.ed. São Paulo : Sugestões Literárias, 1975.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pellegrini ; DINARMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 21.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Medidas Preventivas. 3.ed. São Paulo : Sugestões Literárias, 1953.
- CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A lide cautelar no processo civil. Curitiba : Juruá, 1992.
- CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Autonomia do Processo Cautelar. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. Curitiba, v.14, p.25, set.1989.
- FILHO, Vicente Greco. Direito Processual Civil Brasileiro. V. III, 11ª edição. São Paulo: Saraiva.
- GUERRA, Marcelo Lima. Estudos sobre o Processo Cautelar. São Paulo : Malheiros, 1995.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. Processo Cautelar. 17.ed. São Paulo : Universitária de Direito, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Civil. 2ª ed., São Paulo: Saraiva.
- REIS, José Alberto dos. A figura do Processo Cautelar. Coimbra : Coimbra, 1968.
- SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. O Poder Geral de Cautela do Juiz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

- SILVA, Ovídio Baptista da Silva. A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro. 1.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979.
- SILVA, Ovídio Baptista da Silva. A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro. 3.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991.
- SILVA, Ovídio Baptista da Silva. As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil. Porto Alegre : Sulina, 1973.
- SILVA, Ovídio Baptista da Silva. Curso de Processo Civil, v.3. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- SILVA, Ovídio Baptista da Silva. Curso de Processo Civil, v.3: Processo Cautelar (Tutela de Urgência). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- WAMBIER, Luiz Rodrigo, ALMEIDA, Flavio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, v.3: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim(org.). Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.