

SISTEMA CAUTELAR BRASILEIRO E SISTEMA CAUTELAR ITALIANO

*Gilson Delgado Miranda**

*Juiz de Direito em São Paulo capital.
Professor de Direito Processual Civil convidado para os Cursos de Graduação e
Pós-Graduação, lato sensu, da Faculdade de Direito de Bauru.*

“O processo não se compreende separadamente do direito material. O processo é um instrumento pelo qual se realiza essa obra maravilhosa que é a justiça em concreto.”¹

Sumário: 1.- Noções Preliminares - Processo Cautelar; 2.-O Sistema do Código de Processo Civil Brasileiro; 2.1.- Natureza Jurisdicional das Medidas Cautelares; 2.2.-O Poder Geral de Cautela do Juiz Brasileiro; 2.3.-A Tutela Cautelar e a Antecipação dos Efeitos da Tutela Pretendida no Pedido Principal (art. 273 do CPC, alterado pela Lei n 8.952 de 13.12.1994); 2.4.- Fungibilidade das Ações Cautelares; 3.- O Sistema do Código de Processo Civil Italiano; 3.1.- As Modificações Básicas Introduzidas pela Lei n. 353, de 26 de novembro de 1990; 3.2.- O Poder Geral de Cautela do Juiz Italiano; 4.- Conclusão.

* Monografia apresentada no Curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Arruda Alvim, em 31 de janeiro de 1995.

¹ Galeno Lacerda, Processo Cautelar, palestra proferida em Curso de Especialização da PUC/SP, no 1º semestre de 1986, sobre “Procedimentos Especiais”, coordenado pelos Profs. Teresa Celina de Arruda Alvim e Nelson Luiz Pinto, in RePro 44/186.

1 - NOÇÕES PRELIMINARES - PROCESSO CAUTELAR

É evidente que o Estado, para prestar a tutela jurisdicional, precisa conhecer minudentemente os fatos; isto demanda **tempo**, que depende invariavelmente do procedimento adotado.

Esta demora, aliás de todo aceitável, pode ser prejudicial à satisfação do direito reclamado; e, por certo, as conseqüências materiais e jurídicas da morosidade “não devem ser suportadas por quem tinha razão para litigar, mas por aquele que infundadamente sustentou a pretensão contrária”.²

O processo cautelar aparece, portanto, como um necessário instrumento para a garantia de direitos. Sua finalidade precípua, assim, consiste na obtenção de segurança com capacidade para tornar útil e viável a prestação jurisdicional (de conhecimento ou de execução). Nessa ótica, no dizer de Galeno Lacerda, três necessidades podem surgir: “a de garantir a prova, a de assegurar a execução quanto aos bens e a de outorgar-se logo a antecipação provisória e necessária”.³

A posição acertada do processo cautelar, nos moldes da lição de Carnelutti⁴, é de apresentá-lo como *tertium genus* do processo contencioso (também tem como pressuposto a existência de uma lide), paralelamente aos processos de conhecimento e execução; e, como providência precautória, ao invés de servir a tutela do direito, particularmente considerado, serve à tutela do processo onde esse direito será protegido.

Dafí, claro está que, pela função mencionada, o processo cautelar, colocado hodiernamente no sistema brasileiro e italiano como um terceiro gênero da tutela jurisdicional, será sempre considerado provisório (tendo em

² Hugo Alsina, Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 1ª ed., 1943, vol. III, p. 287; *apud* Humberto Theodoro Júnior, Processo Cautelar, 10ª edição, São Paulo, Ed. Edição Universitária de Direito, 1988, p.63.

³ Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª. edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, 1994, p. 09.

⁴ Trattato del Processo Civile - Diritto e Processo, 1958, p.353 e seguintes; *apud* João Carlos Pestana de Aguiar, “Síntese informativa do processo cautelar”, in RF 247/41.

vista o fim a ser atingido), instrumental (porque visa uma outra função), acessório (do processo principal) e dependente (“existe em atenção ao possível resultado favorável a ser obtido”³).

2 - O SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O legislador processual civil de 1973 deu ao processo cautelar, contrariamente ao que ocorria no Código de 1939, um destaque merecido, baseado, com rigor, no critério científico da distinção da função jurisdicional. De tal sorte, dedicou todo o Livro III do Código de Processo Civil para disciplinar o processo cautelar com a mesma importância dada aos processos de conhecimento (Livro I) e de execução (Livro II).

O Livro III é composto de um título único - DAS MEDIDAS CAUTELARES (arts. 796 a 889), subdividido em dois Capítulos: I. das disposições gerais (arts. 796 a 812); II. dos procedimentos cautelares específicos (arts. 813 a 889), em quinze seções: a) do arresto (arts. 813 a 821); b) do seqüestro (arts. 822 a 825); c) da caução (arts. 826 a 836), d) da busca e apreensão (arts. 837 a 843); e) da exibição (arts. 844 a 845); f) da produção antecipada de provas (arts. 846 a 851); g) dos alimentos provisionais (arts. 852 a 854); h) do arrolamento de bens (arts. 855 a 860); i) da justificação (arts. 861 a 866); j) dos protestos, notificações e interpelações (arts. 867 a 873); k) da homologação de penhor legal (arts. 874 a 876); l) da posse em nome no nascituro (arts. 877 a 878); m) do atentado (arts. 879 a 881); n) do protesto e da apreensão de títulos (arts. 882 a 887); o) das outras medidas provisionais (arts. 888 a 889).

³ Arruda Alvim, “Processo Cautelar”, apostila do curso de mestrado da PUC/SP, 2. semestre, 1994, p.19.

2.1 - NATUREZA JURISDICIONAL DAS MEDIDAS CAUTELARES

Só as medidas cautelares, propriamente ditas, têm natureza jurisdicional, como anotou com propriedade o Prof. Arruda Alvim, “não assim, as chamadas administrativas. Demais, a estas não se aplica, por inteiro, o regime das medidas cautelares. Mas são regidas pelas normas procedimentais do procedimento cautelar, no que cabível”.⁶

Daí, calha dizer que é perfeitamente aceitável a classificação das medidas, segundo a natureza da tutela cautelar, defendida por Galeno Lacerda⁷: 1. jurisdicional (ação - lide - sentença - ex. arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, alimentos, atentado, cautelares inominadas, em regra); 2. administrativas: a. voluntárias (pedido sem lide ou fora da lide - ex: produção antecipada de provas, justificação, protesto, notificações e interpelações etc.); b. decreto de ofício pelo juiz - art. 797 - ex. reserva de bens em inventário (art. 1000, parágrafo único), suspensão do processo ou da execução (arts. 266 a 793) etc.

Realmente, não é porque o Código arrolou determinadas medidas com o procedimento cautelar, ou somente topograficamente cautelares que teremos efetivamente medidas cautelares de natureza jurisdicional, vale dizer, com o preenchimento de todos os atributos necessários.

De fato, “a dificuldade maior na análise das difíceis questões suscitadas pelas medidas cautelares consiste na tendência natural de considerá-las homogêneas. O erro se mostra freqüente na doutrina. Daí o perigo das generalizações nesta matéria. Nunca foi tão necessário no direito processual o apelo ao *distínguo escolástico*, à disciplina rigorosa ou lógica, ao conhecimento profundo da teoria geral do processo, quanto ao estudo das questões relacionadas com a segurança cautelar.”⁸

⁶ Arruda Alvim, “Processo Cautelar”, apostila do curso de mestrado da PUC/SP, 2. semestre, 1994, p.14.

⁷ Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, 1994, p.11.

⁸ Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, 1994, p.11.

2.2 - O PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ BRASILEIRO

O poder cautelar geral do juiz está disciplinado nos artigos 798 e 799 do CPC, também chamado como poder cautelar inominado ou atípico, porquanto está topograficamente fora das ações específicas.

Diz o art. 798 do CPC, *in verbis*: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz 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”.

E completou o legislador no art. 799 do CPC: “No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”.

Duas grandes discussões merecem relevo quanto ao poder geral de cautela do juiz: a) a respeito da possibilidade ou não de a medida cautelar ser concedida de ofício; b) a respeito da aplicação substitutiva ou não de outra medida nominada.

Quanto ao primeiro tema, calha dizer que há três correntes⁹ principais. Uma, mais liberal, aceita por João Batista Lopes, permite irrestritamente a aplicação de ofício dos artigos 798 e 799 do CPC; outra, mais limitada, subscrita por Nelson Nery Júnior, admite a concessão da providência cautelar tão somente nos casos de medidas incidentes; por derradeiro, a terceira, que nos parece a mais correta, defendida pelo Ministro Sydney Sanches, não permite ao juiz agir de ofício no que concerne às medidas cautelares, salvo no caso de expressa autorização legal para tanto (art. 797 do CPC).

O art. 797 do CPC, que trata das cautelares de ofício, é claro e, por isso, inviabiliza, ao nosso ver, qualquer posicionamento em contrário. Dispõe sobre as

⁹ Nelson Nery Júnior, “Considerações Práticas sobre o Processo Cautelar”, conferência proferida em São Luiz, Maranhão, em 17.08.1987, no “Curso de Aperfeiçoamento para Magistrados”, sob os auspícios da Associação dos Magistrados do Maranhão, Escola Superior da Magistratura Nacional e Associação dos Magistrados Brasileiros, *in RePro* 53/191.

medidas cautelares, em casos excepcionais, com expressa autorização legal, determinadas pelo juiz sem o requerimento de qualquer das partes. Ora, salvo melhor posicionamento, os artigos 798 e 799 não estão elencados no rol daqueles que permitem o provimento cautelar de ofício, inversamente ao que ocorre, por exemplo, nos artigos 1000, parágrafo único, última parte, 1001 e 1018.

Por estes motivos Pestana de Aguiar ressaltou¹⁰: “Somos pela negativa, malgrado nossa relutância inicial e tendência até certo ponto favorável de Galeno de Lacerda. Um confronto mais acurado entre os arts. 797 e 798 fornece solução. Se o art. 797 só admite a medida cautelar de ofício em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, está limitando-a às hipóteses especificamente previstas na normal legal. De outro modo não haveria necessidade de se referir à expressa autorização legal. Bastaria o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (art. 798).

Outrossim, só a medida de ofício dispensa, por ser determinação *ex vi legis*, a audiência antecedente ou subsequente das partes, desse modo devendo ser subentendida a parte final do art. 797.

Por fim, como corolário do princípio *ne procedat iudex ex officio*, há de se convir que o poder cautelar geral só cabe nas medidas provocadas pelo interessado. Para que este princípio referente à atividade jurisdicional não vingue, impõe-se o seu inequívoco afastamento pela lei.

Quanto ao segundo tema, digo que o poder geral cautelar é complementar em relação às previsões cautelares nominadas pelo legislador no Capítulo II: tem campo de atuação amplo, mas não pode ter aplicação substitutiva de outra medida específica.

Com efeito, o juiz não pode julgar adequada uma medida quando esta, indiretamente, foi contemplada inadequada pelo próprio legislador, em especial por não constar entre os motivos autorizadores da tutela (ex: circunstância não prevista no art. 813; incabível a concessão do provimento com base no poder geral de cautela do juiz).

¹⁰ *apud* Sydney Sanches, Poder Cautelar Geral do Juiz, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 135.

2.3 - A TUTELA CAUTELAR E A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PRETENDIDA NO PEDIDO PRINCIPAL (ART. 273 DO CPC, ALTERADO PELA LEI Nº 8.952, DE 13.12.1994)

O provimento cautelar sempre deve ter referência a um direito acautelado. Se não há qualquer ligação ao direito acautelado, isto é, referibilidade, o caso encerra provimento satisfativo e nunca acautelatório.

De tal arte, Kazuo Watanabe verberou em sua tese de mestrado que a idéia de referibilidade realmente está presente em grande número de ações de conhecimento, que são consideradas “satisfativas”, em contraposição às ações “assegurativas”. Assim, diz o mestre, “quando alguém propõe uma ação de conhecimento exigindo o cumprimento de uma cláusula contratual, a pretensão material afirmada na inicial está referida a uma relação jurídica mais ampla, sendo que “idéia de transitividade” está presente, e poderá ser bastante intensa na medida em que for importante a cláusula. A referibilidade, porém, é no plano do direito material e para o processo vem apenas em termos de causa de pedir remota. O mesmo fenômeno, somente com diferenças acidentais que não afetam sua essência, parece-nos ocorrer na ação cautelar. As diferenças dizem respeito com a intensidade dessa referibilidade (comparem-se, por exemplo, a “referibilidade” existente no arresto com a do seqüestro, ambos indubitavelmente ações cautelares), e com as circunstâncias que envolvem a pretensão cautelar, necessariamente referida a uma situação perigosa”.¹¹

E continuou o doutrinador: “em termos de objeto da cognição principal do juiz, vale dizer, do mérito da ação cautelar, do 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 relação jurídica mais ampla em que, eventualmente, a pretensão deduzida se posiciona, virá ao processo apenas como causa de pedir remota. A cognição sumária não diz respeito apenas a essa causa de pedir remota, e sim, principalmente, ao próprio direito

¹¹ Da cognição no Processo Civil, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 104; *apud* Luiz Guilherme Marioni, Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 79.

substancial de cautela afirmado”.¹²

De fato, a sentença cautelar não pode antecipar os efeitos próprios da sentença do processo principal. Desta feita, há distorção do uso da tutela cautelar quando “se dá ao resultado de uma prestação de tutela jurisdicional cautelar uma satisfatividade que não pode ter”¹³, porquanto as medidas cautelares devem apenas assegurar, como anotado, a viabilidade e a utilidade do processo principal. Vale dizer, a missão do provimento cautelar é totalmente diversa da do provimento antecipatório.

Pois bem, recentemente o legislador, em profunda ampliação dos poderes do juiz, contemplou a possibilidade de concessão de provimento antecipatório do direito. Diz, *ipsis verbis*, o art. 273 do CPC, modificado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994:

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

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A exceção da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada

¹² Da cognição no Processo Civil, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 105; *apud* Luiz Guilherme Marioni, Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 80.

¹³ Donaldo Armelin, “A tutela jurisdicional cautelar”, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, vol. 2, jun. 1985, p. 129; *apud* Luiz Guilherme Marioni, Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 77.

a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

Como bem consignou o renomado jurista Cândido Rangel Dinamarco, “a técnica engendrada pelo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, *mutatis mutandis*, à procedência da demanda inicial - com a diferença fundamental representada pela provisoriedade”.

“A lei fala em “antecipar.. os efeitos da tutela pretendida no pedido principal”, no pressuposto conceitual de que a tutela seja o próprio provimento a ser emitido pelo juiz. Antecipar os efeitos da tutela seria antecipar os efeitos do provimento, ou da sentença que no futuro se espera. Na realidade, tutela jurisdicional é a proteção em si mesma e consiste nos resultados que o processo projeta para fora de si e sobre a vida dos sujeitos que litigam. Ela coincide com os efeitos dos provimentos emitidos pelo juiz. Beneficiar-se de efeitos antecipados, como está na letra do art. 273, é precisamente beneficiar-se da tutela antecipada. Por isso é que neste estudo se vai falando em antecipação da tutela, fórmula dotada de mais simplicidade do que a antecipação dos efeitos da tutela”.

E arrematou o emérito desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Essa coincidência no objeto traz logo a imperiosidade da observância da regra de correlação entre a sentença e a demanda, representada no direito positivo pelos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil. A tutela antecipada, tanto quanto a definitiva, não pode ir *extra vel ultra petita*, devendo respeitar os limites subjetivos e objetivos da demanda inicial.

Obviamente, não se pode “antecipar” algo que de antemão já se sabe que será impossível obter em caráter definitivo. O objeto cujo gozo se antecipará não pode ser qualitativamente diferente, nem quantitativamente maior do que aquele que foi pedido na inicial”.¹⁴

Agora, contrariamente ao que ocorria no passado (salvo com relação às ações baseadas no Código de Defesa do Consumidor, *ex vi* da interpretação tirada dos arts. 83 e 84), o juiz está autorizado a antecipar no processo comum, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido principal, evidentemente se preenchidos os seguintes requisitos: a) exista prova inequívoca da verossimilhança da alegação e: 1. haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou 2. fique caracterizado o abuso de direito ou o manifesto propósito protelatório do réu; b) inexistir a possibilidade de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Os fundamentos para a concessão da antecipação da tutela são diferentes: o inciso I do art. 273 está fulcrado na urgência decorrente do *periculum in mora* (fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação); e o inciso II, do reverso, está escorado em atos ilícitos perpetrados pelo réu, sem qualquer cunho acautelatório, tratando-se de medida que visa coibir o abuso de direito ou a prática de atividade protelatória.

O art. 273 trouxe à tona a preocupação da efetividade do processo, abrindo “espaço para a consciência da necessidade de pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo. Merecem menção muito destacada as iniciativas de Mauro Cappelletti e Vittorio Denti, cujos discípulos e seguidores, na Itália, em toda a Europa continental e em plagas americanas, compõem um grupo hoje muito coeso em torno da idéia que se convencionou denominar acesso à justiça”.¹⁵

“Acesso à justiça equivale à obtenção de resultados justos. É o que também já se designou como acesso à ordem jurídica justa (Kazu

¹⁴ A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Ed. Malheiros, 1995, p. 139.

¹⁵ Cândido Rangel Dinamarco, A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Ed. Malheiros, 1995, p. 19.

Watanabe). Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem. Augura-se a caminhada para um sistema em que se reduzam ao mínimo inevitável os resíduos de conflitos não-jurisdicionáveis (a universalização da tutela jurisdicional) e em que o processo seja capaz de outorgar a quem tem razão toda a tutela jurisdicional a que tem direito. Nunca é demais lembrar a máxima *chiovendiana*, erigida em verdadeiro *slogan*, segundo a qual “na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.¹⁶

A tutela antecipatória deve ser aceita como instrumento eficaz à realização do direito consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, isto é, inafastabilidade da lesão de direito individual à apreciação do Poder Judiciário, sem qualquer relação com as medidas cautelares, pois, na hipótese, não se assegura a viabilidade e utilidade do processo principal, mas sim o exercício do próprio direito.

2.4 - FUNGIBILIDADE DAS AÇÕES CAUTELARES

O legislador, expressamente, admitiu a substituição da medida cautelar, de ofício ou a requerimento das partes, pela prestação de caução ou de outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente (art. 805 do CPC).

Pela análise do dispositivo, cabe a substituição por caução (real ou fidejussória) tão-somente nas cautelares de natureza patrimonial, ajuizadas com a finalidade de assegurar a efetividade da execução.

Feitas as digressões necessárias, cabe indagar se o juiz pode, com base

¹⁶ Cândido Rangel Dinamarco, A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Ed. Malheiros, 1995, p. 19.

na sistemática atual, substituir uma medida por outra, excluindo-se a hipótese do art. 805 do CPC. Em outras palavras, o juiz não está vinculado ao pedido formulado pela parte?

A resposta é negativa. Com efeito, o art. 128 do CPC tem inteira aplicação às ações cautelares. O juiz deve decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe proibido conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte. Adota-se, neste particular, o princípio do dispositivo.

Ora, a fungibilidade das ações só é permitida por expressa autorização legal. O legislador não admitiu a substituição da medida cautelar, salvo no caso do art. 805 do CPC, o que impede a concessão, pelo juiz, de provimento divorciado do pedido.

3 - O SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ITALIANO

O CPC italiano, como dito alhures, também está baseado no critério científico da distinção da função jurisdicional, dedicando um capítulo próprio, inserido no Livro IV - Dos Procedimentos Especiais, ao procedimentos cautelares.

Entretanto, aqui há uma grande diferença de sistematização entre o processo cautelar italiano e o brasileiro; no Brasil há um Livro próprio para o processo cautelar, ao passo que na Itália, conforme retro mencionado, isto não ocorre.

Coniglio, em 1927, “ênfatizava que a existência de uma boa disciplina do processo cautelar era tão importante quanto dos processos de conhecimento e de execução, como função integradora destes”¹⁷. E, por seu turno, vigorosa foi a crítica de Liebman ao legislador italiano em razão do não acolhimento do “voto da doutrina por um tratamento uniforme dos

¹⁷ *La Riforma del Sistema Cautelares*, Riv. di Dir. Proc. Civ., 1927, I, ps. 5 e 13; *apud* Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, 1994, p. 02.

procedimentos cautelares”¹⁸.

Pois bem, os procedimentos cautelares estão previstos no Capítulo III, do Título I, do Livro IV do Código de Processo Civil. O Capítulo III, ainda, é dividido em cinco seções: 1ª *Dei Procedimenti Cautelari - In Generale*; 2ª *Del Sequestro*; 3ª *Dei Procedimenti Di Denuncia Di Nuova Opera e Di Danno Temuto*; 4ª *Dei Procedimenti Di Istruzione Preventiva*; 5ª *Dei Provvedimenti D'Urgenza*.

É bom que se diga, como bem lembrou Galeno Lacerda, que foi lenta a evolução na doutrina italiana, fonte e matriz do direito processual moderno, na fixação da autonomia da medida cautelar. “De início, foi necessário afastar a posição das legislações e das doutrinas alemã e austríaca, que a consideram mero apêndice da execução. Sem dúvida, deve-se a Chiovenda o primeiro e grande passo nesse sentido, ao consagrar como autônoma a ação cautelar.¹⁹ Depois, seguiu-se a obra clássica de Calamandrei, que viu no procedimento a tônica da autonomia.²⁰ Devemos, porém, a Liebman e, principalmente, a Carnelutti, a tomada de posição mais autorizada sobre a matéria, seguida pela grande maioria dos processualistas. O primeiro trabalho, bastante citado, defende a unidade do procedimento cautelar, mostra-lhe os critérios distintivos e conclui por afirmá-los como *tertium genus*, em face dos processos de cognição e de execução”²¹.

Outrossim, na estrutura do procedimento cautelar, a sumariedade aparece como uma necessária exigência da pretensão acautelatória, isto é, celeridade da tutela jurisdicional. No dizer de Ovídio A. Baptista da Silva,²² “não se pode, efetivamente, conceber uma pretensão jurisdicional destinada a

¹⁸ *Unita del Procedimento Cautelare*, Riv. Dir. Proc., 1954, I, p. 248, *apud* Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, 1994, p. 02.

¹⁹ Instituições, 1ª ed. bras, vol. 1º, nº 82, p. 3384; *apud* Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1994, p. 03.

²⁰ *Introduzione Allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*, Ed. Cedam, 1936, p. 4 e segs, trad. esp. Buenos Aires, 1945, p. 142; *apud* Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, p. 03.

²¹ *Unità del Procedimento Cautelare*, in Riv di Dir. Proc., p. 248; *apud* Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, p. 03.

²² As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil, 3ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1980, p. 51.

afastar os riscos de um dano jurídico derivados de uma situação de perigo, muitas vezes reclamada para obviar a morosidade natural da prestação jurisdicional normal, que não servisse de um procedimento sumário, célere, vale dizer, funcionalmente adequado a dispensar a proteção almejada”.

E continuou o festejado doutrinador: “Poderíamos dizer, assim, que, ao satisfazer-se o juízo cautelar como uma mera plausibilidade do direito invocado, transmite essa função, especial conformação ao órgão por meio do qual ela se exerce, simplificando-o e despindo-o de certos cuidados inerentes e desejáveis no procedimento comum”.

É nessa esteira que o CPC italiano é ímpar em realçar claramente a diferença entre a instrução probatória comum e a existente no processo cautelar; de fato, para caracterizar essa especial modalidade de demonstração judicial da causa, o legislador do país da bota usa a expressão “*sommarie informazioni* (ex: arts. 669, *sexies*; 672 - revogado pela Lei nº 353, de 26.11.1990 - 689; 695). Como consignou o ilustre tratadista Ugo Rocco²³, “a diferença entre o juízo da ação cautelar (mesmo em sede de convalidação do processo italiano) e o juízo da ação de natureza satisfativa reside no objeto da cognição e do accertamento, seja pela intensidade desse conhecimento, seja pela finalidade de ambas cognições: no procedimento cautelar, o juiz deve, frontalmente, pronunciar-se sobre a efetiva existência de um perigo que faz periclitare um interesse, abstratamente protegido pela ordem jurídica”.

3.1 - DAS MODIFICAÇÕES BÁSICAS INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 353, DE 26 DE NOVEMBRO DE 1990

O CPC italiano passou, recentemente, por profundas modificações; o legislador, além de alterar alguns dispositivos existentes anteriormente no Código, ainda fez inúmeros acréscimos.

Inovou inserindo nova seção ao Capítulo IV, em um único artigo, para disciplinar as regras gerais dos procedimentos cautelares. Trata o novo

²³ *Trattato*, vol. V, p. 194; *apud* Ovídio A. Baptista da Silva, *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1980, p. 54.

comando: a) da *forma della domanda* (art. 669, bis); b) da *competenza anteriore alla causa* (art. 669, ter); c) da *competenza in corso di causa* (art. 669, quater); d) da *competenza in caso di clausola compromissoria di compromesso o di pendenza del giudizio arbitrale* (art. 669, quinquies); e) do *procedimento* (art. 669, sexies); f) do *provvedimento negativo* (art. 669, septies); g) dos *provvedimenti di accoglimento* (art. 669, octeies); h) da *inefficacia del provvedimento cautelare* (art. 669, novies); i) da *revoca e modifica* (art. 669, decies); j) da *cauzione* (art. 669, undecies); k) da *attuazione* (art. 669, duodecies); l) do *reclamo contro i provvedimenti cautelari* (art. 669, terdecies); m) do *ambito di applicazione* (art. 669, quaterdecies).

A par destas inserções, a Lei nº 353, de 26 de novembro de 1990, ainda revogou diversos outros dispositivos, a saber: a) art. 672 (que tratava do *sequestro anteriore alla causa*); b) art. 673 (que tratava do *sequestro in corso di causa*); c) art. 674 (que tratava *da cauzione*); art. 680 (que tratava *da convalida del sequestro autorizzato anteriormente alla causa*); d) art. 681 (que tratava *da convalida del sequestro autorizzato in corso di causa*); e) art. 682 (que tratava *da decisione separata sulla convalida*); f) art. 683 (que tratava *da inefficacia del sequestro*); g) art. 689 (que tratava *dos provvedimenti immediati*); h) art. 690 (que tratava *da pronuncia sui provvedimenti ti immediati*); i) art. 701 (que tratava *da competenza dei provvedimenti d'urgenza*); j) art. 702 (que tratava *do procedimento dei provvedimenti d'urgenza*).

3.2 - O PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ ITALIANO

O poder de cautela do juiz italiano está contemplado no art. 700 do Código de Processo Civil: “Fora dos casos regulados nas precedentes seções deste capítulo, quem tiver fundado motivo para recear que, durante o tempo necessário à tutela de seu direito na via ordinária, este sofra ameaça de um dano iminente e irreparável, pode requerer ao juiz as providências de urgência que se mostrem, segundo as circunstâncias, mais adequadas para garantir

provisoriamente os efeitos da decisão de mérito”²⁴.

Historicamente, o poder geral de cautela do juiz italiano era reconhecido, às expressas, nas “inibições” dos Códigos Sardos de 1854 e 1859, tendo sido abolido no Código de 1865; retornou, entretanto, somente com o Código de 1940, depois de inúmeras críticas da doutrina, continuando inalterado o art. 700 até hoje.

O artigo 700 possibilita ao juiz, como se viu, a concessão de medidas de urgência, em todos os casos que lhe parecer conveniente e necessária a medida, desde que o caso não se enquadre em quaisquer das hipóteses especificamente descritas pelo Código, isto é, nas seções anteriores do Capítulo IV que tratam do sequestro (*giudiziario e conservativo*), da *denuncia de nuova opera* e de *danno temuto* e da *istruzione preventiva*.

Na Itália, até por expressa disposição legal, o poder cautelar geral somente é aplicado no caso de inexistência de medida específica (“fora dos casos regulados nas precedente seções deste capítulo”). E isto é sustentado como evidente pelos doutrinadores, pois é da “própria essência do sistema cautelar, que não se possa recorrer a providência inominada senão na ausência de medidas específicas”²⁵. Dini, aliás, considera “mesmo um dos pressupostos das cautelas atípicas “a falta de providências específicas ou determinadas”²⁶.

É bom que se diga ainda, contrariamente ao que ocorre em nosso

²⁴ O artigo 700 do CPC italiano foi inspirado no art. 3324 do Projeto Carnelutti, que assim preconizava: “*Quando dallo stato di fatto di una lite sorga ragionevole timore che i litiganti commettano violenza, ovvero che si compiano prima della decisione atti tali da poter ledere in modo grave e non facilmente e sicuramente riparabile un diritto controverso, ovvero che nel processo una delle parti si trovi in condizione di grave inferiorità di fronte all'altra, il giudice può prendere i provvedimenti provvisori idonei ad evitare che il pericolo se avveri. In particolare, e ferma ogni disposizione speciale della legge, può disporre il sequestro di una cosa mobile o immobile, vietare o autorizzare il compimento di certi atti, assegnare somme provvisionali, imporre cauzioni*” (cf. Luiz Montesano, *I provvedimenti d'urgenza*, Napoli, Jovene, p. 23; *apud* Luiz Guilherme Marioni, Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 36).

²⁵ Coniglio, *Sui provvedimenti inominati*, em *Studi in Onore di Redenti*, I, n. 2; *apud* Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, 1994, p. 88.

²⁶ *I Provvedimenti D'Urgenza*, Ed. Giufrè, 4ª edição, 1973, p. 179, n. 58; *apud* Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, p. 88.

direito, onde o procedimento da cautelar é o mesmo para as ações nominadas e inominadas (artigos 801 e seguintes), na Itália o procedimento para as medidas cautelares de urgência era diferenciado, considerado mais simples em relação ao adotado às medias típicas.

Com efeito, o CPC de 1940 dispensava a decisão de convalidação exigida, por exemplo, para o sequestro conservativo, sendo cumprida a medida por mero mandado liminar.

Tal sumariedade de procedimento, quando aplicada erroneamente²⁷, era criticada pela doutrina; com razão, dizia-se que “o emprego de um *provvedimento d’urgenza* em lugar de providências típicas constituiria meio de fraudar a lei, pela tentativa de fugir aos pressupostos específicos destas e à disciplina mais completa do respectivo procedimento”.

Isto não quer dizer que, na Itália, não se defenda a aplicação das medidas típicas, em casos excepcionais, no lugar de uma providência específica, na hipótese de os pressupostos se apresentarem de maneira diversa dos previstos em lei²⁸.

Dissemos acima que o CPC italiano dispensava tratamento diferenciado para o procedimento das medias de urgência. Realmente, dispensava, porquanto o procedimento à concessão dos *provvedimenti D’Urgenza* foi modificado recentemente pela Lei nº 353, de 26 de novembro de 1990, que revogou os artigos 701, 702.

Agora, em razão do art. 669, que trata das disposições gerais, o procedimento a ser adotado é único para todas as medidas cautelares (nominadas ou não).

²⁷ Dini, *I Provvedimenti D’Urgenza*, Ed. Giufrè, 1926, I, p. 186 a 193; *apud* Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, 1994, p. 88.

²⁸ Dini, *I Provvedimenti D’Urgenza*, Ed. Giufrè, 1926, I, p. 186 a 193; *apud* Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, 1994, p. 88.

Diz o art. 669, *sexies*, do CPC vigente²⁹: *“Il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda”*.

“Quando la convocazione della contraparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivado assunte ove occorra sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a se entro un termine non superiore a quindici giorni assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notificazione de ricorso e del decreto. A tale udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica, o revoca i provvedimenti emanati con decreto”.

Afastada a questão do procedimento aplicável à espécie, indica-se, na doutrina italiana, conforme lembrou Galeno Lacerda como objeto do poder cautelar inominado a tutela de direitos concernentes: “a) a quem reclame o cumprimento de obrigações de fazer, em virtude de um direito absoluto ou de um crédito; b) a quem exija o cumprimento de obrigações de não-fazer, em razão de um direito de crédito; c) a quem peça o cumprimento de obrigações de não fazer, diversas das relativas a denunciação de obra nova ou a dano infecto decorrente de direito absoluto; d) a quem peça a tutela de relações que não importem obrigação a ser cumprida pelo sujeito passivo”³⁰.

No objeto das cautelares inominadas, também, reside uma grande diferença entre o sistema brasileiro e o italiano. “Como existem cautelas específicas para a denunciação de obra nova e para o dano infecto, e como as

²⁹ Arruda Alvim traduziu este dispositivo, in Arresto, apostila do curso de mestrado da PUC/SP, 2º semestre, 1994, p. 5: “(Procedimento) O juiz, ouvidas as partes, omitida qualquer formalidade não essencial ao contraditório, procede na forma que entende mais oportuna tendo em vista os atos de instrução indispensáveis em relação aos pressupostos e aos fins do procedimento solicitado, e decidirá por interlocutória, acolhendo ou rejeitando a demanda”. “Quando a convocação das partes puder prejudicar a eficácia da decisão, decidirá por interlocutória motivado, dela constantes as sumárias informações de que disponha...”

³⁰ Dini, *I Provvedimenti D'Urgenza*, Ed. Giuffrè, Cedam 4ª edição, 1973, ps 3, ps 184, 230, 231 e 306; *apud* Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, 1994, p. 94.

obrigações de dar são tuteláveis pelas duas espécies de seqüestro, o conservativo (equivalente ao nosso arresto) e o judiciário (equivalente ao seqüestro propriamente dito), segue-se que na Itália, se excluem dos *provvedimenti d'urgenza* os direitos amparados por tais medidas específicas³¹.

Por fim, como o próprio art. 700 diz, os provimentos cautelares são considerados provisórios; visam apenas a garantia da viabilidade da decisão de mérito. Não podem, contudo, e aqui vale também para o sistema brasileiro, “ter conteúdo igual ao da prestação a que corresponde a realização do próprio direito subjetivo que se discute na lide. Com elas, lembram Rocco e Calvosa, não se obtém uma antecipação da decisão de mérito, nem se procede a uma execução provisória do direito substancial do promovente”³².

“A verdade é que, na advertência de Rocco, nenhuma providência cautelar, seja específica e determinada, seja genérica e indeterminada (atípica), constitui, em hipótese alguma, uma antecipação provisional da resolução do conflito de interesses”³³.

“Tendo, como é sabido, as providências cautelares e as de mérito, conteúdo e funções totalmente diferentes, não pode a medida preventiva ser considerada, em nenhum caso, uma antecipação da providência de mérito, já que a primeira não resolve, de nenhum modo, nem mesmo provisionalmente o conflito que persiste e deverá ser solucionado no processo principal”³⁴.

³¹ Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, 1994, p. 88.

³² Rocco, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. V, ed. 1977, p. 435; *apud* Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, 10ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, vol. II, 1993, p. 377.

³³ Rocco, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. V, ed. 1977, p. 418; *apud* Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, 10ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. II, 1993, p. 378.

³⁴ Rocco, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. V, ed. 1977, p. 418; *apud* Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, 10ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. II, 1993, p. 378.

4 - CONCLUSÃO

Em apertada síntese, podemos concluir que:

1. Os sistemas cautelares brasileiro e italiano são bem semelhantes; ambos estão enquadrados no critério científico da distinção jurisdicional, isto é, considerados como *tertium genus* em relação aos processos de conhecimento e de execução; embora a sistematização do CPC brasileiro seja mais avançada, porquanto, contrariamente ao que ocorre na Itália, os procedimentos cautelares aqui estão disciplinados em Livro específico.

2. O poder cautelar do juiz, nos dois sistemas, é aplicável somente em caso de inexistência de medida específica, vale dizer, em complemento às cautelares nominadas.

3. Na Itália e no Brasil, indistintamente, a sumariedade do procedimento cautelar surge como exigência da pretensão acautelatória, a ponto de, no país da bota, o legislador diferenciar claramente a instrução comum (do processo principal) e a existente no processo cautelar (chamada de *sommario informazioni*).

4. As medidas cautelares, tanto no Brasil como na Itália, não podem ser utilizadas como antecipação da providência de mérito, pois visam assegurar, apenas, a utilidade e a viabilidade do processo principal.

5. São atributos das medidas cautelares, lá e cá, a provisoriedade, a dependência, a instrumentalidade e a acessoriedade.

6. A fungibilidade da ação cautelar é permitida só quando há autorização legal; assim, sem previsão legal, o juiz não pode conceder provimento cautelar desvinculado do pedido feito pela parte, em face da aplicação incondicionada do princípio do dispositivo.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR SILVA, João Carlos Pestana de. “Síntese Informativa do processo cautelar”, in RF 247/41.
- ARIETA, Giovanni. *I Provvedimenti d'urgenza*, Padova, Cedam, 1985.
- ARMELIN, Donaldo. “A tutela jurisdicional cautelar”, in RPGE 23/11-137
- ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. “Apostila sobre Processo Cautelar”, 2º semestre de 1994, mestrado da PUC.
- _____, *Manual de Direito Processual Civil*, 2ª edição refundida, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, vol. I, Parte Geral, 1986.
- CASTRO FILHO, José Olympio. “Aspectos principais das medidas cautelares e dos procedimentos específicos”, in RF 246/212.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. Malheiros, 1995.
- FERREIRA, Pinto. *Medidas Cautelares*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 6ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 6ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, 1994.
- _____, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo II, 1991.
- _____, “Processo Cautelar”, in RF 246/151.
- _____, “Processo Cautelar”, in RF 44/186.
- LIMA, Cláudio Vianna de. “O processo cautelar no novo Código de Processo Civil - Parte Geral e Parte Especial”, in RF 246/106.
- MARIONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

- MORAES E BARROS, Hamilton de. “Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973, *in* RF 246/201.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro, 15ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1993.
- NERY JÚNIOR, Nelson. “Do Processo Cautelar”, *in* RePro 39/178.
- _____, “Considerações Práticas sobre o Processo Cautelar”, *in* RePro 53/191.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Considerações sobre a tutela cautelar”, *in* Ajuris 37/159.
- PINTO, Nelson Luiz. “Medidas cautelares - poder cautelar geral do juiz”, *in* RePro 59/171.
- SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. O Poder Geral de Cautela do Juiz, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
- SANCHES, Sydney. Poder Cautelar Geral do Juiz, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. Arresto Cautelar, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª edição, Porto Alegre, Letras Jurídicas Editora, vol. IX, arts. 796/889, 1986.
- _____, A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro, 3ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991.
- _____, As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 10ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. II, 1993.
- _____, Processo Cautelar, 10ª edição, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1988.

_____, Tutela Cautelar - Direito Processual Civil ao Vivo, 1ª edição, Rio de Janeiro, Aide Editora, vol. 4, 1992.

_____, “Tutela jurisdicional cautelar”, in RT 574/9.

VELLANI, Mário. *La Convensione Del sequestro Conservatio in Pignoramento*, Giufrè Editore, 1955.