

## Da tutela cautelar

ROY REIS FRIEDE (\*)

Juiz Federal - RJ

Apenas duas alterações foram incorporadas ao processo cautelar pela denominada reforma do CPC que, neste particular, se exteriorizou por intermédio da Lei nº 8.952/94. A primeira, segundo a justificativa do projeto, objetivou unicamente "a definição da competência do tribunal (órgão *ad quem*) para o conhecimento de postulações deduzidas após a interposição de recurso" e foi procedida a partir da alteração redacional do parágrafo único do artigo 800 do CPC, *verbis*:

"Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal."

A segunda procurou, ainda que sem o necessário êxito, tornar mais inteligíveis os preceitos alusivos à chamada caução substitutiva (de natureza cautelar e também contra-cautelar), por intermédio da modificação do texto legal insito no artigo 805 do CPC, *verbis*:

"A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente."

Ambas, no entanto, não corresponderam às expectativas gerais que aguardavam, com relativa ansiedade, uma autêntica reformulação (ou, no mínimo, um conjunto de modificações mais amplas) na disciplina cautelar procurando não só aclarar diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais ainda existentes como também estabelecer um maior rigor terminológico (e também normativo) na matéria em epígrafe.

"As duas pobres e inexpressivas alterações feitas no processo cautelar podem passar a idéia de que tudo vai bem com ele. Ledo engano. Ele pede urgente reformulação, para que coloquemos o rio no seu leito. Pouco importa, segundo que corrente, se a que pretende cautelarizar-se tudo, para que o judiciário se desatole, ou dos que desejam ver o processo cautelar, instrumento magnífico a serviço da efetividade da ordem jurídica, real-

(\*) - REIS FRIEDE é Magistrado Federal, Mestre e Doutor em Direito, Professor Titular e Coordenador dos Programas de Pós-Graduação lato e stricto sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito do CED/UNESA e autor, entre outras obras, do livro "Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança Ação Cautelar Ação Civil Pública e Ação Popular".

mente posto a serviço dela. Infelizmente assim não se fez. Certamente por força de um juízo político dos doutos integrantes da Comissão e dos membros do Congresso Nacional. Porque competência não faltava aos primeiros, nem poder aos segundos.

A primeira, dizendo-se, em parágrafo único ao artigo 800, que, interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal. Antes se prescrevia que, em casos urgentes, estando a causa no tribunal, seria competente o relator. Redação pouco feliz, que gerou dúvidas e polêmicas. Hoje, tudo resolvido. Basta a interposição do recurso para que a competência, em matéria de cautelar, se desloque para o segundo grau. Vale a pena lembrar, entretanto, que isso ocorrerá só no que disser respeito à matéria impugnada. Em relação à que não sofreu impugnação, conseqüentemente, não será a mesma devolvida ao *ad quem*, deixando essa competência de ocorrer.

A segunda alteração foi no artigo 805. Dizia-se, antes, que a medida decretada podia ser substituída pela prestação de caução, sempre que esta se mostrasse adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Diz-se, hoje, que a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente. Deixa-se claro, em primeiro lugar, que o juiz pode atuar de ofício. Mais um avanço no autoritarismo judicial, tão em moda. O interesse é disponível, mas o juiz se intromete, soberano. Será constitucional? Fica a pergunta para posterior polêmica, quando a violência se consumir. Parece que, quanto mais democracia proclamamos, menos cidadania alcançamos. Ouso dizer que o juiz não pode tanto assim. As partes ainda existem no processo, o seu direito de insurgir-se contra o que lhes prejudica subsiste e o princípio do contraditório também. Parece-me que a iniciativa pode ocorrer se partir do juiz, mas não seu poder de decidir sem audiência das partes. Deve ouvi-las, para decidir sem arbítrio. A substituição é pela caução ou por outra garantia menos gravosa para o requerido, isto é, que importe menor ônus ao seu patrimônio ou menor encargo financeiro." (J.J. Calmon de Passos, in "Inovação no CPC", 2ª ed., Forense, RJ, 1995, págs. 145/146).

"No tratamento do Processo Cautelar, o parágrafo único do artigo 800 passou a ter nova redação, com a qual ficou melhor tratada a possibilidade de se requerer medida cautelar em processos que estejam nos tribunais em grau de recurso. A nova regra definiu, como aliás já acontecia, a competência do juízo *ad quem* para apreciar tais pleitos.

Também, o caucionamento substitutivo das liminares concedidas em processos cautelares, através de depósito em moeda ou do oferecimento de outra garantia menos gravosa para o devedor, ficou melhor explicitado na nova redação conferida ao artigo 805, com a admissão de que a caução seja fixada *ex officio*, quando a regra anterior somente a admitia por motivação da parte" (Felicíssimo Sena in "Comentários às Inovações do CPC", 1ª ed., Del Rey, BH, 1995, pág. 39).

### 1 - Postulação de medida cautelar ao Tribunal (art. 800, parágrafo único, do CPC)

O anterior texto redacional do dispositivo legal previsto no artigo 800, do CPC, *verbis*:

"As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

Parágrafo único. Nos casos urgentes, se a causa estiver no tribunal, será competente o relator do recurso."

Continha, particularmente no parágrafo único modificado, duas condições para que a medida cautelar pudesse ser postulada diretamente ao tribunal (na verdade, ao órgão *ad quem* considerando que tal norma também é endereçada aos tribunais superiores e ao

STF, quando presente a medida cautelar no tribunal de segunda instância): a) a existência de redobrada urgência (partindo da premissa que o pressuposto básico da medida cautelar, caracterizada através do **periculum in mora**, já se confunde com a idéia da própria urgência); e b) a presença dos autos principais no órgão **ad quem**, em decorrência da interposição do competente recurso

Tais condicionantes, a partir de agora, deixam de existir e, uma vez interposto o recurso - com o conseqüente juízo de admissibilidade positivo (referente ao grau inferior de jurisdição), encaminhamento ao órgão **ad quem** e posterior processamento na instância recorrida -, a competência para apreciação da medida cautelar incidental passa a ser do órgão **ad quem** - que igualmente passa a ter em seu poder os autos do processo principal -, em lugar do juízo a **quo** que continua com sua competência assegurada, - em face da hermenêutica integral do dispositivo normativo em questão e da apreciação por integração analógica do regramento legal que permite a apreciação preliminar da tutela cautelar, inclusive, por juiz absolutamente incompetente (sobretudo quando formulado por meio de medida liminar) -, antes da interposição do eventual recurso e durante o interregno relativo ao processamento do mesmo (situação em que o juízo de grau jurisdicional inferior encaminhará conjuntamente os autos do processo principal e do incidente cautelar) (1) (2)

É importante frisar que a situação disciplinada no parágrafo único do artigo 800 do CPC não se aplica às situações, em regra, de interposição do recurso de agravo, como ainda a questão concernente à ação de atentado, regido por disposição especial que continua a vigor (artigo 880, parágrafo único, do CPC)

“O parágrafo único do artigo 800 passa a ter nova redação, a saber: Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”

Antes esse parágrafo único dispunha: “Nos casos urgentes, se a causa estiver no tribunal, será competente o relator do recurso”

Então bem entendia Galeno Lacerda que, nos períodos intermediários de tramitação do processo, não estando a causa no tribunal, a competência para as cautelares incidentes pertencia ao juiz de primeiro grau (“Comentário ao CPC”, VIII, vol. I, 1980, pág. 290)

Hoje o quadro legal se altera. Interposto o recurso, vale dizer, entregue a petição de recurso no protocolo ou excepcionalmente levada ao juiz da causa para despacho, qualquer medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal **ad quem**.

Já advertia Galeno Lacerda (ob cit., pág. 287/8), com validade atual, que se tratando de agravo de instrumento outra será a solução, porque esse recurso não possui efeito suspensivo e o devolutivo é apenas parcial, competindo ao juiz de primeiro grau processar e julgar as cautelares incidentais, salvo nos casos do artigo 588 e quando o agravo devolver ao tribunal, exatamente, a questão do cabimento ou não da cautela (p.ex.: decisão que indefere liminar).” (Pestana de Aguiar in “A Reforma Processual”, 1ª ed., Ed Espaço Jurídico, RJ, 1995, págs. 48/49)

“Das duas alterações trazidas ao sistema de tutela cautelar pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, a primeira visou somente à definição da competência do tribunal para o conhecimento de postulações deduzidas após a interposição de recurso (palavras da justificativa do projeto que se converteu em lei) Essa novidade reside na nova versão dada ao parágrafo do artigo 800 do Código de Processo Civil, que passou a figurar assim:

Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.

A redação precedente dizia que, estando a causa no tribunal, a competência seria do relator para os casos urgentes. Toda medida cautelar tem mesmo por pressuposto a urgência expressa no notório requisito do **periculum in mora** - de modo que aquela redação ou seria redundante ou teria a intenção de admitir as postulações ao relator somente em casos de redobrada urgência. Agora inexistente razão para dúvida e as cautelares

referentes a causas já devolvidas ao tribunal são da competência originária deste (tal é o significado de serem requeridas diretamente ao tribunal, como diz a lei).

(O recurso cuja interposição desloca a competência para o tribunal, na passagem de primeira para segunda instância, é somente a apelação e não o agravo. A interposição deste não leva ao órgão **ad quem** a causa e a totalidade de suas questões, permanecendo o processo no juízo a **quo** e ali prosseguindo. Assim como para todas as questões existentes ou que venham a surgir no processo, o juiz da causa continua competente para apreciar pedidos cautelares, não obstante o agravo interposto.)

A lei nova não se preocupou em assumir posição de simetria com o veto de inovar no processo, que, para o juiz já surge quando publica em cartório a sentença de mérito (CPC, art. 463), sem se aguardar o momento de recorrer e muito menos a interposição recursal. Assim, no interregno entre a publicação da sentença (de mérito ou terminativa, e o aforamento da apelação, o juiz de primeiro grau continua competente para as medidas cautelares incidentes que vierem a ser postuladas)

A disciplina constante do parágrafo do artigo 800 aplica-se também aos recursos endereçados aos tribunais de superposição - Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. Até que interposto o recurso extraordinário ou especial, a competência originária para as medidas cautelares prosseguirá com o tribunal de origem, transferindo-se àqueles no momento da efetiva interposição.

(Ao estatuir a propositura perante o tribunal, sem mais aludir ao relator, o Código deixou aos regimentos internos a determinação do órgão interno competente)”

(Cândido Rangel Dinamarco, ob cit., págs. 270/271) (grifos nossos).

“A propósito das medidas cautelares requeridas no curso da tramitação recursal, dispunha o artigo 800, parágrafo único, em seu texto anterior, que, ‘nos casos de urgência, se a causa estiver no tribunal, será competente o relator do recurso’

Esse dispositivo gerava muitas controvérsias, pois havia quem atribuísse ao relator apenas uma competência emergencial, continuando em mãos do juiz de primeiro grau a atribuição de apreciar as medidas cautelares menos urgentes, enquanto outros defendiam a competência do tribunal, cabendo ao relator apenas o despacho da liminar, o que seria feito **ad referendum** do colegiado de segundo grau.

A reforma do texto legal adotou, para pacificar o conflito exegético, a tese de que

“interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao Tribunal”.

Portanto, durante o recurso, a competência cautelar também se desloca do juiz de primeiro grau para o tribunal **ad quem**.

Caberá ao Regimento Interno de cada tribunal especificar tal competência atribuindo-a a algum de seus órgãos fracionários. Normalmente, prevalecerá o critério do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: havendo pedido de liminar, caberá ao Relator (ou, eventualmente, ao Presidente) o seu deferimento, ou não, **ad referendum** do órgão coletivo competente para o julgamento da causa principal (recurso)

Deve-se ao ponderar que a nova regra do parágrafo único do artigo 800 pressupõe recurso com o duplo efeito, isto é, devolutivo e suspensivo. Quando o recurso for daqueles que, como o agravo de instrumento, não impedem o prosseguimento da causa principal no juízo de origem, a este continuará, obviamente, afetado o poder de apreciar as medidas cautelares supervenientes” (Humberto Theodoro Jr in “Inovações no CPC”, 2ª ed., Forense, RJ, 1995, págs. 59/60).

“Modificou-se o parágrafo único do artigo 800 do CPC, disciplinador da competência para conhecimento de medidas cautelares incidentes. O texto revogado dispunha que, tão-somente, nos casos de urgência seria competente para conhecer da medida o Relator do recurso. O novel “transfere” a competência genericamente para o órgão colegiado, embora deva-se ter o mesmo relator do processo principal (mesmo em autos apartados,

evidentemente) Humberto Theodoro Júnior defendia a tese de que 'só excepcionalmente, em caso de real urgência, quando à parte é mais prático dirigir-se ao Relator do que ao juiz de primeiro grau, é que aquele se tornará competente para apreciar a pretensão cautelar incidental'. Fundamentando esse ponto de vista no 'raciocínio de que a cautelar concedida à parte se refere à eficácia que se faz atuar não no processo de conhecimento onde foi proferida a Sentença, mas no posterior processo de execução que será movido não perante o tribunal *ad quem*, mas sim perante o Juiz a quo'.

Invocaria, ainda, a quebra do sistema de dois graus de jurisdição ordinária, prevalente no Direito brasileiro. Já outra corrente, da qual são defensores, dentre outros, Calmon de Passos, Ovidio Baptista da Silva, defendia a tese da competência mais ampla do tribunal, em termo de medidas cautelares, quando o processo de conhecimento já estivesse submetido ao juízo *ad quem*. Ante o texto anterior, filiava-me ao primeiro posicionamento, sobretudo em face da limitação que continha (... nos casos de urgência). Com o novo texto, a competência dos tribunais foi bastante alargada nesse ponto, devendo-se entender estes como competentes para processar e julgar processos cautelares referentes a causas já em grau de recurso, não se limitando a hipótese a mero exercício do poder geral de cautela, previsto nos artigos 797 e 798 do CPC. Rompe-se, sem dúvida, com o sistema de dois graus ordinários de jurisdição (regra do direito processual civil brasileiro), passando essas medidas cautelares, requeridas em processos autônomos, a serem tratadas como os demais processos de competência originária dos tribunais." (Francisco Cavalcanti in "Inovações no Processo Civil", 1ª ed., Del Rey, BH, 1995, págs. 141/142)

## 2 - Da caução substitutiva (art. 805 do CPC)

O artigo 805 do Código de Processo Civil, relativo à disciplina da denominada caução substitutiva, apenas sofreu, por força do advento da Lei nº 8.952/94, um pequeno ajuste redacional, procurando tornar mais inteligíveis os preceitos interpretativos fundamentais - a respeito da caução específica (ou caução *stricto sensu* substitutiva de natureza dúplici (cautelar e contracautelar) contida em seu regramento normativo -, estabelecidos pela jurisprudência

### "Fungibilidade das medidas cautelares

Dispõe o artigo 805 que 'a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente' (redação da Lei nº 8.952, de 13.12.94)

Com esse dispositivo o Código adotou o princípio da fungibilidade das medidas cautelares

Com o exercício da ação cautelar, a parte provoca a atividade jurisdicional preventiva do Estado, mas, por não corresponder ela à realização de um direito material de cautela (como ocorreria nas hipóteses de garantias reais), o interessado, em regra, não tem especificamente o direito subjetivo a uma determinada prestação.

Fica resguardado ao órgão judicial o poder de determinar concretamente qual a medida provisional que mais fielmente desempenhará a função de assegurar a eficiência e utilidade do processo principal

O interessado tem, ordinariamente, o direito subjetivo genérico à tutela cautelar. Ao Poder Judiciário fica reservada a especificação da medida adequada, o que se realiza através da faculdade de modificar a qualquer tempo a providência deferida (art. 807) e de autorizar a substituição dela por caução, sempre que esta for meio adequado para, **in concreto**, cumprir a missão que toca à tutela cautelar

## A fungibilidade como evidência da verdadeira natureza do processo cautelar

A fungibilidade das medidas preventivas (art. 805) e a admissibilidade da contracautela como poder inerente à atividade do órgão que realiza a tutela cautelar (art. 804), são características que tornam imprestável o superado conceito da cautela como antecipação provisória da satisfação do direito substancial. Como bem adverte Pestana de Aguiar, se a caução ataca ou neutraliza a eficácia da medida liminar, a que substitui, não é possível ver nela a natureza de antecipação provisória. 'E com mais razão podemos concluir no mesmo modo quanto à caução prevista no artigo 804, a favor do requerido que teve a medida contra si deferida.'

Isso tudo torna evidente a procedência da lição de Carnelutti de que as medidas cautelares servem ao processo e não ao direito substancial dos litigantes

Se uma caução, qualquer que seja ela, tem força para eliminar a situação de perigo que ameaça a eficácia do processo principal, o juiz tem de preferir essa caução à outra providência específica que tenha sido concretamente requerida pelo promovente.

O que se busca, com toda evidência, é a tutela do processo principal, e não o direito subjetivo da parte a essa ou aquela providência de segurança

### Condição de admissibilidade da caução substitutiva

Para admitir a fungibilidade autorizada pelo artigo 805, é claro que o juiz deverá ater-se à idoneidade da caução para substituir a medida inicialmente deferida

'Assim, os alimentos provisionais concedidos não podem em nenhuma circunstância ser substituídos por caução. Se tal se permitisse, estaria desnaturada a função cautelar, pois a contracautela não evitaria a lesão irreparável a ser sofrida pelo alimentando. O mesmo, de certo modo, se daria na produção antecipada de provas, nas interpeleções, notificações e protestos, dentre outros exemplos, pela própria essência de seu fim cautelar.'

A idoneidade da caução, nos termos do dispositivo apreciado, reclama, pois, a concorrência de adequação e suficiência da medida substitutiva

Por adequação compreende-se a aptidão genérica da caução para desempenhar garantia da mesma natureza da medida anterior, ou seja, com a mesma eficiência substancial. Assim, para garantir uma execução por quantia certa, a caução de dinheiro ou de outro valor patrimonial, tem a mesma eficiência prática que o arresto. Mas, se a medida anterior fosse de caráter não patrimonial (tutela cautelar, por exemplo, de pessoa, de prova, ou de coisa infungível), faltaria, obviamente, a adequação da caução para substituí-la

Por suficiência da caução entende-se a sua expressão quantitativa, isto é, o volume apto para, em concreto, cobrir o valor do risco de prejuízo acobertado. Assim, nas medidas de natureza econômica, a caução é sempre adequada, mas cumpre também que seja consubstanciada em valor suficiente

### Procedimento

A substituição reclama processo especial e será examinada e solucionada em autos apensados aos da medida cautelar decretada. Não pode o juiz admiti-la sem prévia audiência da parte contrária, pois esta, como é óbvio, poderá ter objeções de ordem prática a fazer quanto à eficiência da cautela no caso concreto ou quanto à idoneidade ou suficiência da garantia oferecida.

Pode até surgir um contraditório incidental que reclamará provas como a documental (título de domínio, negativa de ônus, etc.) e a avaliação do bem a caucionar

Isso tudo será processado sumariamente, conforme o rito dos artigos 826 a 838, mas de modo a resguardar a segurança do processo cautelar e a eficiência de seus objetivos

A caução substitutiva, naturalmente, pode ser real (bens móveis ou imóveis) ou fidejussória (fiança), como ocorre com todas as cauções, de maneira geral (art. 826). E uma vez deferida há de ser reduzida a termo nos autos, confiando-se os bens, se forem corpóreos, à guarda de depositário.

A substituição da medida decretada por caução, finalmente, não suspende nem interrompe o prazo em curso para ajuizamento da ação principal (artigo 806) (Humberto Theodoro Júnior in Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 14ª ed., Forense, RJ, 1995, págs 419/421).

A expressão genérica "medida decretada", registrada na redação originária, foi, neste contexto, substituída pelo termo específico "medida cautelar" (ainda que devesse ter sido, em nosso entendimento, consignada expressamente a natureza (dúplice cautelar e contracautelar) da previsão legal concernente ao instituto da fungibilidade da providência assecuratória presente no dispositivo legal **sub examem**, tendo sido, ainda, assinalada, de forma explícita - como preconizava parcela expressiva da doutrina - a ampla possibilidade de ser **ex officio** (ou seja, independente de provocação das partes, do órgão ministerial ou de eventuais terceiros interessados) procedida a eventual substituição da medida cautelar (considerando, acima de tudo, que, através do exercício da ação cautelar, a parte provoca e realiza apenas tutela jurisdicional impropriamente considerada, de cunho unicamente preventivo e, portanto, assecuratório do direito material pretendido, onde não existe propriamente, por parte do interessado, efetivo direito subjetivo a uma determinada prestação (ou medida específica).

"O artigo 805 foi enriquecido, pois a redação original compreendia apenas a caução, passando a compreender, depois da reforma, expressamente, 'outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente', medida que pode ser adotada pelo juiz, tanto de ofício como a requerimento das partes

Trata-se de tutela cautelar substitutiva que, ao lado das demais modalidades de tutela, fecha o cerco da antecipação de tutela há muito reclamada pelo ordenamento jurídico. A expressão "substitutiva" deve ser entendida no rigor do termo, de modo a compreender tão-somente a providência posterior à concessão da medida e nunca anterior a ela (FADEL, Sérgio Sahione. Op cit, pág 805). Mesmo porque nem se pode falar em substituição anterior, porquanto, se o juiz determinou a citação do réu para depois decidir sobre a concessão, e ele sugeriu outra medida, o que o juiz faz é optar entre a medida pedida pelo autor e a sugerida pelo réu - ou até outra que, de ofício, entenda a melhor -, mas, em tal caso, não se tem propriamente uma substituição. Se o juiz ainda não decidiu nada, nada terá que substituir, senão decidir. Isso porque a substituição a que alude o artigo 805, com a nova redação, é a medida concedida em favor do autor, em face do réu, e não à caução que o autor presta para garantir direito do réu, porquanto esta dificilmente admitirá substituição.

Dai, por que deve ser entendida com reserva a afirmação de Cândido Dinamarco, de que a idéia flexibilizadora vigente permite ao juiz que substitua medidas já concedidas, ou também deixe de lado os modelos legais e desde logo aplique a medida que lhe pareça idônea e equilibrada - g.m. ('A reforma do Código de Processo Civil' São Paulo: Malheiros, 1995, pág. 272). Realmente permite, mas em decorrência do disposto no artigo 804 - segundo o qual ele pode conceder medida cautelar - não da substituição a que alude o artigo 805, que não lhe diz respeito.

A substituição legal se justifica, porque, nos termos do artigo 804, o juiz pode conceder a liminar cautelar sem ouvir o réu, quando verificar que, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; como pode também (é facultativo) exigir do requerente caução real ou fidejussória, de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, em decorrência da liminar.

Como a medida cautelar pode ser - e muitas vezes o é - decretada sem audiência do réu, nada mais justo que, na sua defesa, ou até antes dela, o réu convença o juiz de

que lesão temida possa ser evitada ou reparada, ou através da caução ou de outra garantia menos gravosa para ele; permite-se, então, que o juiz substitua a medida originalmente concedida por essa outra modalidade, sempre que adequada e suficiente para atingir esse objetivo

Portanto - repita-se -, trata-se de garantia prestada pelo réu, para substituir provimento cautelar deferido em favor do autor, pouco importando tenha este prestado ou não caução, para eventual ressarcimento de danos ao réu, situação à qual o artigo 805 é indiferente.

Nesse sentido, doutrina Galeno Lacerda, antes da reforma, distinguindo a caução de que trata o artigo 805, que é prestada pelo réu, como cautela substitutiva da anteriormente decretada pelo juiz, diversa da prestada pelo autor, como contracautela para obtenção de liminar (artigo 804), ou como providência inominada (artigo 799), ou resultante de garantia específica de lei ou contrato (artigo 826 'Comentários ao CPC', Rio de Janeiro: Forense, 1980, v VIII, t I págs. 363-364).

Para o mestre gaúcho, tal substituição só tem lugar nas ações cautelares jurisdicionais, antecedentes ou incidentes, de natureza patrimonial, que visem garantir a execução (Lacerda, Galeno, op, cit, pág 364), porquanto não teria sentido sub-rogar-se em caução a exibição de documento, os alimentos provisionais, a guarda de filhos, a proibição de barulho pelo vizinho, a passagem forçada, etc., e outras medidas infungíveis por definição, insubstituíveis por garantia de conteúdo patrimonial (op cit, pág. 364). Também era contrário ao ponto de vista de Pontes de Miranda, que admitia pudesse o autor requerer também a mudança da garantia por caução - a ser prestada pelo réu (op cit, pág 368).

Após a reforma, ficaram superados esses ensinamentos, pois a lei admite e expressamente que a substituição da medida cautelar se dê a requerimento de qualquer das partes (autor ou réu), como também prevê a substituição por outra garantia menos gravosa para o requerido (diversa da caução), que pode, em tese, ser admitida fora das cautelares de natureza estritamente patrimonial. No particular, o legislador optou por solução oposta.

Apesar da literalidade do artigo 805, mas considerando que o autor também presta caução para obter a liminar, será que não poderia também pedir a substituição da caução por "outra garantia menos gravosa" para ele, autor, em igualdade de condições com o tratamento dispensado ao réu? Na prática, a hipótese será de difícil ocorrência, pois o denominador comum do ressarcimento de danos é o dinheiro - o que somente a caução real ou fidejussória já prestada estaria em condições de garantir -, mas se vier a ser demonstrada viável, nada impede seja, por analogia, admitida.

A previsão da substituição de ofício tornou-se necessária, em face da Conclusão nº LXVIII do Simpósio de Curitiba, que afirmara essa impossibilidade, com respaldo da doutrina e da jurisprudência." (J.E Carreira Alvim, ob cit, págs. 257/260)

"O novo artigo 805 do Código de Processo Civil, também trazido pela Lei nº 8.952, é uma remodelação do velho e destina-se aos mesmos objetivos daquele. A idéia central que o preside e que realmente deve presidir todo sistema da tutela cautelar é o equilíbrio a ser preservado entre os direitos e interesses das partes litigantes: nem abandonar o possível titular de direitos aos riscos de deterioração trazido pelo decurso do tempo (**periculum in mora**), nem onerar excessivamente o adversário, pondo-o em situação desnecessariamente gravosa de perigo ou dano.

Na redação antiga, o artigo 805 autorizava a substituição da cautela já antes concedida, por caução; afinal, a caução também é modalidade de cautela, como vem de clássica lição de Piero Calamandrei. Na versão de agora, o artigo 805 permite maior flexibilidade ao sistema, dando poderes folgadoamente discricionários ao juiz para a escolha da medida que, sendo menos gravosa para o réu, cumpra adequadamente a função de resguardar os interesses do autor que estão em risco de lesão.

O texto abandonado falava também da substituição de medida decretada, dando a impressão de que só depois de concedida alguma medida cautelar - típica ou inominada - é que uma autêntica substituição poderia ser feita, revogando-a e pondo em seu lugar a caução. A idéia flexibilizadora vigente agora permite ao juiz que substitua medidas já concedidas ou também deixe de lado os modelos legais e desde logo aplique a medida que lhe pareça idônea e equilibrada.

(Bem pensado, essas regras flexibilizadoras constituem desdobramento e projeção do poder geral de cautela, ao abrirem largos horizontes de criatividade para a atuação tutelar do juiz, livre de modelos rígidos impostos em lei.)

Ficou também expresso que essas providências podem ser tomadas pelo juiz mediante postulação de parte ou de ofício. Essa determinação corresponde à visão publicista do processo, em que o juiz é o primeiro responsável pelo equilíbrio entre os litigantes (artigo 125, inc. I, do CPC)."

(Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., págs. 271/272).

"A nova redação do artigo 805 do CPC reformulou o dispositivo, nele introduzindo duas alterações: preceituou que a medida pode ser substituída pelo juiz *ex-officio*, ou mediante requerimento das partes e explicitou a fungibilidade da providência, admitindo que ela seja substituída, não pela caução, já prevista no texto anterior, como também por outra garantia menos gravosa para o requerido. Manteve-se o pressuposto da substituição: a adequação e suficiência da garantia para evitar a lesão, ou para repará-la integralmente.

O artigo permite que o juiz, por sua própria iniciativa, ordene a substituição da medida - outorgada liminarmente, ou após justificação prévia, ou na sentença do processo cautelar - por caução ou por qualquer outra garantia, real ou fidejussória. Note-se que a norma permite que qualquer das partes, requerente ou requerido, que são o autor e o réu no processo cautelar (não apenas o último), ou mesmo o Ministério Público, ou o terceiro interveniente peça a substituição, que pode ser pleiteada e determinada em qualquer momento, inclusive durante a efetivação específica da medida, ou depois dela.

A substituição só pode ocorrer se a caução, ou a garantia se mostrarem adequadas e suficientes para evitar a lesão, ou para repará-la integralmente, se ela se verificar. Urge também que as medidas substitutivas, caução ou garantia real ou fidejussória, se mostrem menos gravosa para o requerido do que a própria providência cautelar porque a substituição mais onerosa não teria sentido. O princípio, acolhido no artigo 805, também inspirou o artigo 620.

Não se confunda a garantia substitutiva do artigo 805 com a garantia do artigo anterior. A do artigo 804 se destina a assegurar o ressarcimento do requerido pelos danos que sofrer em decorrência da medida cautelar, enquanto aquela visa a aliviá-lo do gravame resultante da efetivação. No artigo 804, presta-se a garantia e benefício do requerido. No artigo 805, enquanto benéfica para o réu, ela se estipula em proveito do autor." (Sérgio Bermudes, ob. cit., págs. 107/108)

"A substituição da medida cautelar decretada pela prestação de caução estava prevista no texto original do artigo 805

O novo texto prevê a substituição, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, da medida cautelar deferida, através de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, como a indisponibilidade de qualquer bem imóvel do requerido ou de terceiro com o registro imobiliário por mandado do juiz, assim também a fiança bancária ou de terceiro idôneo no valor da lesão questionada, a caução em dinheiro, etc.

Galeno Lacerda, a respeito do texto original, teve oportunidade de nos citar, tanto no que se refere à caução substitutiva do artigo 805, quanto à contracautela, quando afirmamos sobre o afastamento de nosso direito processual vigente, do conceito de cautela como antecipação provisória da satisfação do direito substancial, arriados que estáva-

mos em lições de Calamandrei e Carnelutti ('Síntese Informativa do Processo Cautelar', Rev. For., pág. 346).

Ainda assim, admitiu a tese como verdade parcial, pois em certas cautelas adverte ocorrer inegavelmente a antecipação; perigo despercebido por grandes mestres como Calamandrei e Carnelutti e tantos outros que têm abordado o tema (ob. cit., artigo 805, págs. 365/6).

Insisto em entender que a antecipação com caráter satisfatório tem sido repelida a respeito de, em circunstâncias excepcionais, ter sido tolerada.

Inclusive *inaudita altera pars*, malferes os princípios constitucionais do contraditório e de ampla defesa. Como vemos, o vocábulo antecipação se presta a dissonante interpretação, não sendo ousadia lhe limitarmos o sentido de proceder a cautela definitiva, sem o dom de alcançar o cerne do direito material cautelado."

(Pestana de Aguiar, ob. cit., págs. 49/51).

Deve ser assinalado, por oportuno, que a fungibilidade da providência cautelar, como acepção básica do conteúdo da caução substitutiva prevista no artigo 805 do CPC, também não resta absoluta, conquanto existem diversas medidas assecuratórias específicas (infungíveis) que simplesmente perderiam a sua função cautelar com a sua eventual substituição por cauções genéricas ou outro tipo de garantia menos gravosa para o requerido.

"Para admitir a fungibilidade autorizada pelo artigo 805, é claro que o juiz deverá ater-se à idoneidade da caução para substituir a medida inicialmente deferida (ou seja, as condições de admissibilidade da caução substitutiva).

Assim, os alimentos provisionais concedidos não podem em nenhuma circunstância ser substituído por caução. Se tal se permitisse, estaria desnaturada a função cautelar, pois a contracautela não evitaria a lesão irreparável a ser sofrida pelo alimentados. O mesmo, de certo modo, se daria na produção antecipada de provas, nas interpelações, notificações e protestos, dentre outros exemplos, pela própria essência de seu fim cautelar."

(Pestana de Aguiar, ob. cit., pág. 51)

"Outro aspecto relevante em termos de medidas cautelares foi a alteração introduzida no disciplinamento da substituição da medida cautelar.

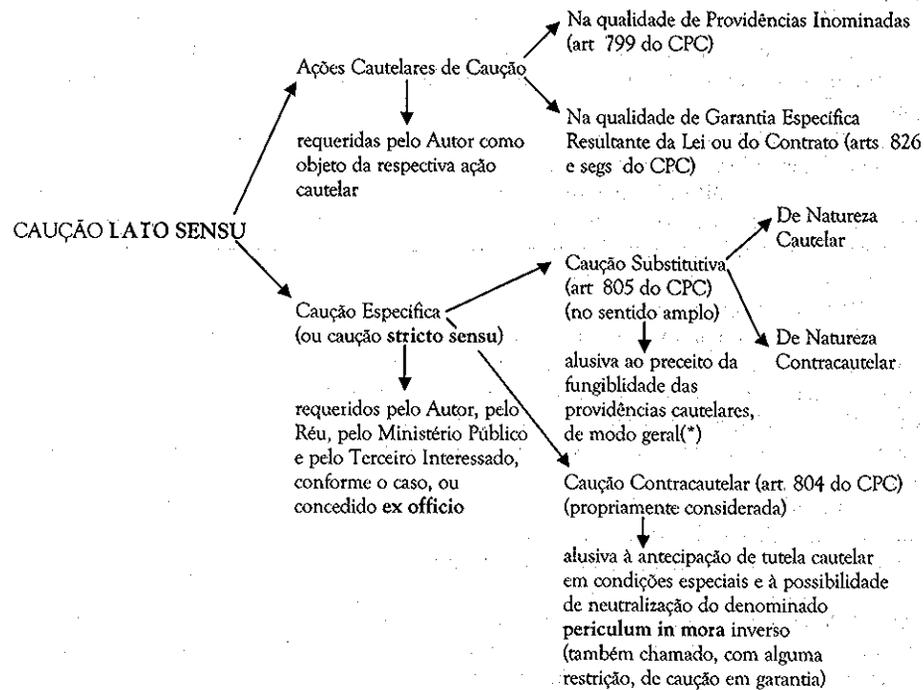
O texto anterior, revogado, do artigo 805, permitia a substituição da medida apenas por 'prestação de caução', desde que suficiente para evitar a lesão ou possibilitar a sua integral reparação. A necessidade de se ter uma postura menos rígida sobre essa matéria já vinha sendo destacada pela doutrina. Gutierrez de Cabidez, por exemplo, a partir do direito processual civil espanhol, já defendia a necessidade 'de adóptar un cuadro realista y flexible de medidas cautelares' (e que) 'en una regulación completa de las medidas cautelares no puede faltar la regulación del levantamiento o modificación de la medida cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario. El levantamiento de la medida se producirá cuando el demandado, en cualquier estado del juicio, ofrezca garantía suficiente para asegurar el derecho del actor'.

Essa trilha foi, sem dúvida, a seguida pelo legislador brasileiro de 1994, que de modo correto não especificou o tipo de garantia exigível como alternativa à caução, apresentada apenas como requisito a suficiência e a adequação para evitar a lesão ou poder repará-la integralmente" (Francisco Cavalcante, ob. cit., pág. 143).

"O princípio da fungibilidade das cautelares, acolhido em nosso ordenamento jurídico - CPC, artigos 805 e 807, parte final - não é limitado, sendo cabível apenas nos casos em que, processualmente, tenha adequação. Tal incorre nas cautelares de segurança das provas, não podendo em pedido de produção antecipada de perícia ser substituído, *ex officio*, por uma exibição de documentos."

(Ac. unân. da 4ª Câm. do TARS de 21.4.88, na apel. 188.022.370, rel. Juiz Talai Djalma Selistre, JTARS 66/336).

## DIAGRAMA 8: CAUÇÃO E CONTRACAUTELA.



### (1) Competência específica do Tribunal

Questão interessante e que tem despertado hesitações, tanto na doutrina como na jurisprudência - mesmo após o advento do novo texto redacional insito no parágrafo único do artigo 800 do CPC -, resume em saber, com relativa precisão, de quem é afinal a competência jurisdicional para apreciar pedidos de providências cautelares (em forma ou não de antecipação *in limine*) nos períodos intermediários de tramitação processual, mormente quando, interposto competente recurso, os autos do processo ainda continuam fisicamente no órgão a quo.

Em princípio, não deveria existir qualquer dúvida no que tange à efetiva competência do órgão *ad quem* - para a apreciação incidental de pedidos de medidas liminares com ou sem oferecimento de depósito premonitório -, especialmente agora com o advento da nova redação do parágrafo único do artigo 800 do CPC, determinado pela Lei nº 8.952/94.

Todavia, recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça (ainda que anteriores às modificações procedidas no CPC) - ratificadoras e por vezes contrárias à lógica acima exposta - têm permitido margem a algumas controvérsias sobre o tema, especialmente quando desafia o entendimento básico de que o processo deve ser sempre examinado -

(\*) - Deve ser observada a existência de cautelares fungíveis e infungíveis. Em princípio, como bem salienta Galeno Lacerda (in "Comentários ao Código de Processo Civil", 4ª ed., Ed. Forense, RJ, 1992, pág. 206), a substituição só é possível nas cautelares jurisdicionais, antecedentes ou incidentes, de natureza patrimonial que visem a garantir a execução. Não tem sentido substituir-se pela caução as cautelares relativas à segurança da prova, as que antecipam provisoriamente a prestação jurisdicional e, bem assim, a de natureza voluntária ou administrativa. Não cabe, evidentemente, sub-rogar-se em caução a exibição de documento a prestação de alimentos provisionais ou outras medidas relativas ao direito de família como guarda de filhos, disciplina de visitas, ou antecipações inominadas como proibição de barulho produzido por vizinho, ou decreto de passagem forçada pelo prédio serviente, ou, enfim, cautelares voluntárias, como vistorias, protestos, notificações, justificações, etc. Estas e outras medidas análogas evidenciam-se infungíveis por definição, insubstituíveis por garantia de conteúdo patrimonial.

para efeito de pedidos incidentes - pela instância que está, naquele momento, operando a plenitude da jurisdição.

"Ementa: Mandado de Segurança Medida Cautelar. Depósito Suspensivo da exigibilidade do crédito tributário. Competência para apreciá-lo nos períodos intermediários de tramitação do processo I - Na fase de processamento do recurso apelatório, a competência para as cautelares incidentes é do juiz de primeiro grau. II - Se o pedido de cautela estava em texto legal (Lei nº 6.830, de 1980, artigo 38), objetivando inibir o ajuizamento de execução fiscal contra os impetrantes, em razão da suspensão da exigibilidade dos respectivos créditos tributários (CTN, artigo 151, II), impunha-se ao juiz deferi-lo. III - Segurança concedida. (Mandado de Segurança, Registro nº 880.015.402-6, rel. min. Antônio de Pádua Ribeiro, in Revista do Tribunal Federal de Recursos nº 164, pág. 415)"

"A Lei nº 8.952/94 preservou o *caput* do artigo 800, que continua vigendo sem alterações

Derrogou-se, entretanto, o parágrafo único do artigo, que dispunha 'nos casos urgentes, se a causa estiver no Tribunal, será competente o relator do recurso'

Conjugados o artigo 800 e seu parágrafo, na redação anterior, a ação cautelar, obviamente incidental, era distribuída ao relator, se a causa já estivesse no tribunal por força de recurso nela interposto, desde que, segundo o Código, houvesse urgência na obtenção da tutela. Criticava-se o dispositivo porque a urgência é pressuposto da outorga da medida cautelar, mas, fora do caso de urgência mais intensa, o competente seria o próprio juiz da causa, na primeira instância. A regra do parágrafo único foi alvo de justificadas perplexidades.

A redação dada agora ao parágrafo único do artigo 800 também gera dúvidas no espírito do intérprete. Literalmente aplicado, ele leva à absurda conclusão de que interposto o recurso, o que se alcança pelo simples protocolo da respectiva petição (§ 3º, acrescentado ao artigo 172 pela Lei nº 8.952/94), a competência para a ação cautelar será do Tribunal Recursal, e não mais do juízo recorrido. A interpretação literal, entretanto, é de todas a mais perigosa, como de geral conhecimento.

Seguida ao pé da letra, o parágrafo levaria ao ajuizamento da cautelar no Tribunal competente para julgar o recurso, mesmo que ele ainda tramitasse no juízo onde foi interposto e onde ainda se encontram os respectivos autos. Daí decorreriam situações esdrúxulas porque o Tribunal competente para o julgamento do recurso já interposto, mas ainda não remetido a ele, teria de exercer a jurisdição num processo cautelar, sem imediato acesso aos autos principais, sem conhecer o contexto processual no qual a medida se insere, e até antes de poder determinar se o recurso chegará, realmente, a ele. Imaginem-se as hipóteses de julgamento negativo de admissibilidade no juízo recorrido, com indeferimento do recurso interposto, ou de desistência do recurso ainda naquele órgão, para se medirem os inconvenientes da interpretação literal.

Corretamente interpretado o parágrafo, analisado ele no sistema em que se insere, parece-me adequado ler o dispositivo no sentido de que a medida cautelar será requerida diretamente ao Tribunal, quando o recurso já houver subido até ele, isto é, depois da sua chegada a esse órgão, não enquanto ele ainda se estiver processando na instância recorrida. O princípio é o de a ação cautelar, pela qual se pede a medida, se ajuiza onde estiverem os autos do processo. Destarte, a oração, interposto o recurso, na nova redação do parágrafo único, deverá ser entendida no significado de submetido o recurso ao Tribunal. Depois disso, o Tribunal competente para o julgamento do recurso será também o órgão competente para apreciar o pedido de tutela cautelar, ocorra ou não aquela urgência referida na redação anterior. O parágrafo único do artigo 800 não revogou o parágrafo único do artigo 880, regra especial, que determina seja a ação de atentado processada e julgada pelo juiz que conheceu originalmente da causa principal, ainda que esta se encontre no Tribunal" (Sérgio Bermudes, ob. cit., págs. 106-107) (grifos nossos)

De qualquer forma, não obstante a questão se encontrar longe de ser pacificada, coexistindo, no presente momento, diversas decisões conflitantes a respeito do tema e diferentes interpretações doutrinárias, com efeito potencial para o surgimento de novas decisões contraditórias, no futuro próximo, que, sem dúvida, permitirão o surgimento de outros novos ingredientes de embate à atual disputa doutrinária e, fundamentalmente, jurisprudencial que se trava na atual arena jurídico-processual, não podemos deixar de ter em mente que a recente modificação redacional procedida no parágrafo único do artigo 800 do CPC, por força da Lei nº 8.952/94, procurou exatamente debelar (ainda que, em nosso entender, sem o necessário sucesso) as aludidas controvérsias, a partir da expressa disposição normativa, insita no regramento legal em questão, nos seguintes moldes, *verbis*:

"Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao Tribunal."

"Retornando ao direito positivo, o artigo 800 teve alterado apenas o seu parágrafo único, estabelecendo que 'Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao Tribunal'. Essa disposição se harmoniza com o artigo 463, segundo o qual, ao 'publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional'; a partir daí, só mantém sua jurisdição para: a) corrigir-lhe inexatidões materiais; b) julgar embargos de declaração; c) receber ou não eventual recurso; d) exercer juízo de retratação na admissibilidade do recurso; e) declarar deserto o recurso, por falta de preparo. Afora essas hipóteses, não dispõe de poderes para atuar no feito, pois cumpriu o seu ofício jurisdicional, inaugurando-se a partir daí, eventualmente, a fase recursal.

O artigo 800, cujo *caput* teve sua redação preservada, estabelece que 'As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal'. Essa regra mantém o binômio 'juiz da causa/juiz da medida cautelar'.

Como, nos termos do atual parágrafo único do artigo 800, com a nova redação, 'interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao Tribunal', de quem seria a competência, para a concessão da medida cautelar, entre a publicação da sentença (artigo 463) e a interposição do recurso? *Ipsis verbis*, não seria do juiz que, ao publicar a sentença, teria esgotado a sua jurisdição; também não seria do Tribunal, que, de regra, só adquire jurisdição sobre a causa com a interposição do recurso. Consideração especial merecem as hipóteses de remessa de ofício, cujo reexame independente de recurso. Essa *vacatio jurisdictionis* e apenas aparente, cumprindo resolvê-la pela via da exegese.

Antigamente, dizia o parágrafo único do artigo 800 que, se a causa estivesse no Tribunal, seria competente (para a medida liminar) o relator do recurso: com a nova redação, passou a dizer que, interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao Tribunal.

Como não se altera uma redação sem algum objetivo, a primeira conclusão que se impõe é a de que, até a interposição do recurso, a medida cautelar será requerida ao juiz da causa; após a sua interposição, ao tribunal. Essa medida objetivou manter a competência do juízo de primeiro grau, para a concessão das medidas cautelares, simplesmente porque, até então, não houve recurso, nem se sabe se haverá, tudo dependendo do comportamento das partes.

Nessa fase intermediária, da publicação da sentença até a eventual interposição do recurso, incide o *caput* do artigo 800, segundo o qual o juiz da causa continua sendo o prolator da sentença sujeita a recurso. Agora, diante da dicção legal, interposto o recurso, o juiz da causa é o tribunal para fins de medidas cautelares.

Aí interferem algumas condicionantes que merecem ser consideradas, pois vão repercutir principalmente no campo das nulidades. Trata-se de hipótese de competência funcional, e, como tal, absoluta, podendo ser conhecida e declarada a qualquer tempo, até mesmo de ofício, independentemente de requerimento.

A dificuldade em determiná-la mais se avoluma se se considerar que a interposição do recurso, apesar de ter sido o inquestionável marco da competência para medidas cautelares, não se esgota *uno actu* constituindo, ao contrário, um ato composto de petição e razões recursais do recorrente; contra-razões do recorrido e preparo; tudo sujeito a prazos muitas vezes incompatíveis com o caráter urgente da providência jurisdicional solicitada.

Deve-se considerar, ainda, as hipóteses dos artigos 180 e 191, em razão dos quais o prazo recursal conta-se em dobro, além das 'conclusões' que estão também condicionadas pelo tempo. Além disso, uma vez interposto o recurso, está sujeito à verificação dos pressupostos de admissibilidade, inclusive em juízo de retratação (artigo 518, parágrafo único), o que determina que, um recurso interposto, venha, depois, a ser inadmitido, ou, se admitido, retratado.

Todas essas nuances do procedimento recursal podem tornar complexo o que o legislador pretendeu simplificar.

O mestre Cândido Dinamarco, comentando a reforma, interpretou à risca a determinação legal, afirmando que, 'no interregno entre a publicação da sentença (de mérito ou terminativa) e o aforamento da apelação, o juiz de primeiro grau continua competente para as medidas cautelares incidentes que vierem a ser postuladas' ('A reforma do Código de Processo Civil', São Paulo; Malheiros, 1995, pág. 271).

Para o ilustre jurista, só a efetiva interposição do recurso - ainda assim, apenas a apelação e não o agravo - transfere ao tribunal, a competência originária para as medidas cautelares.

No mesmo sentido, Galeno Lacerda, à luz da disposição anterior, asseverando que, 'nessas fases intermediárias de tramitação, a competência para as cautelas incidentes pertence ao juízo da causa, de primeiro grau' ('Comentários ao CPC', Rio de Janeiro; Forense, 1980, v. VIII, t. I, pág. 290). E, do mesmo modo, conclui que distribuída a apelação, cabe ao tribunal pronunciar-se sobre a medida cautelar (op. cit., pág. 287).

Afinam-se, ainda, os dois mestres quanto ao agravo de instrumento, que, sendo recurso somente de efeito devolutivo, preserva a competência do juiz de primeiro grau para decidir sobre as medidas cautelares; neste ponto, admite Galeno Lacerda duas exceções - absolutamente indispensáveis -, em que a competência é do tribunal (relator): 1ª) nos casos do artigo 558 (prisão de depositário infiel, adjudicação, remição de bens ou levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea); 2ª) quando o agravo devolver ao tribunal, exatamente, a questão do cabimento ou não da cautela, isto é, quando atacar decisão interlocutória (se final, será apelável) que indeferir, por exemplo, a liminar (op. cit., págs. 287-288).

Desse entendimento, não destoia Sérgio Sahione Fadel, com apoio em Jorge Americano, afirmando que, se já houve apelação - enquanto não houve, será o juiz de primeiro grau - mesmo que os autos ainda não tenham subido, não é mais do juiz a competência para a medida cautelar, que deve ser requerida ao tribunal competente para o conhecimento do recurso ('Código de Processo Civil Comentado', Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. II, pág. 656). Para Jorge Americano, a interposição do recurso devolve à instância superior a competência, não sendo possível ao juízo recorrido tomar conhecimento de nenhuma petição relativa a medidas preventivas requeridas como incidentes da causa na superior instância, sem com isso invadir a jurisdição superior (Americano, Jorge, 'Comentários ao Código de Processo Civil', t. III, pág. 43, *Apud* FADEL, Sérgio Sahione, Op. cit., pág. 656). Embora não enfrente expressamente a fase intermediária, deve-se concluir que, para o mestre, enquanto não houver recurso, a competência continua com o juízo da causa, como tal considerado o recorrido.

Voz divergente provém, no entanto, do ilustre Sérgio Bermudes, que sugere ler o dispositivo no sentido de que a medida cautelar seja requerida diretamente ao tribunal, quando o recurso já houver subido até ele; isto é, depois da sua chegada a esse órgão,

não enquanto ele ainda se estiver processando na instância recorrida. Destarte, a oração interposto o recurso, na nova redação do parágrafo único, deverá ser entendida no significado de submetido o recurso ao tribunal. Depois disso, o tribunal competente para o julgamento do recurso será também o órgão competente para apreciar o pedido de tutela cautelar, ocorra ou não aquela urgência referida na redação anterior (Bermudes, Sérgio. 'A reforma do processo civil' Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, pág. 107).

Essa posição poderia ter respaldo no parágrafo único do artigo 558, nos termos do qual igual competência à do relator (para suspensão da execução de prisão de depositário infiel, adjudicação, remição de bens ou levantamento de dinheiro sem caução idônea) 'tem o juiz da causa, enquanto o agravo não tiver subido'; no entanto, este aparente suporte desaparecerá quando aprovado o Projeto de lei nº 2 797, de 1992 (que disciplina o agravo de instrumento).

O ilustre jurista busca solucionar essas questões, que ele chama de 'esdrúxulas', porque o tribunal competente para o julgamento do recurso já interposto, mas ainda não remetido a ele, teria de exercer a jurisdição num processo cautelar, sem imediato acesso aos autos principais, sem conhecer o contexto processual no qual a medida se insere, e até antes de poder determinar se o recurso chegará, realmente, a ele (julgamento negativo de admissibilidade, indeferimento ou desistência do recurso - Op. cit., pág. 107).

Não param aí as dificuldades do intérprete, podendo ocorrer também que, estando o juiz da causa vinculado à cautelar incidente, venha a ser interposto o recurso a que alude o parágrafo único do artigo 800, caso em que a competência funcional do juízo recorrido, transfere-se ao tribunal **ad quem**. Galeno Lacerda enfrentou a hipótese, sustentando que, mesmo que posteriormente distribuído o recurso a relator, deverá o juiz continuar vinculado ao processo e julgamento da medida, sob pena de tumulto incabível e aberrante (op. cit., págs. 290-291).

O legislador não desconhecia a diferença entre 'interposição' de recurso e 'subida' de recurso, pelo que, se se consagrou na lei a primeira, para demarcar a competência funcional do juízo a quo para conhecer de cautelares incidentais, não se pode turvar essa vontade elegendo outro momento, por maiores que sejam as dificuldades procedimentais para viabilizar a disposição legal.

Esse argumento pesa contra o entendimento do ilustre Sérgio Bermudes, embora a solução por ele alvitrada seja de mais fácil operacionalização, mas, infelizmente, só de **lege ferenda** e não de **lege lata**. Ademais, existe um fundamento de ordem legal para ser igualmente afastado, pois, tratando-se de competência funcional ou hierárquica, é absoluta e inderrogável (artigo 111).

Não se podendo fazer **tabula rasa** do que a lei expressamente dispôs, a exegese capaz de conciliar a **mens legis** com a **mens legislatoris** recomenda as seguintes conclusões: a) até a interposição do recurso, a competência é do juízo a quo, depois da interposição, é do juízo **ad quem**; b) se, requerida a medida cautelar no juízo recorrido, sobrevier a interposição do recurso, cessa a competência deste, transferindo-se ao tribunal; c) a petição da cautelar incidente, observados os requisitos do artigo 801, deve ser apensada aos autos principais, em autos distintos, facilitando a sua remessa ao tribunal, se interposto recurso; d) nessa hipótese, se não preferir aguardar o processamento do recurso, poderá o autor da cautelar requerer o desapensamento dos autos e remessa ao tribunal, instruindo-o com as peças que entender necessárias; e) se ocorrer alguma causa de inadmissibilidade do recurso, inclusive a deserção, deverá o juiz a quo comunicá-la ao tribunal, através do relator, para que adote as providências de sua alçada.

Tratamento à parte devem merecer os feitos sujeitos à remessa de ofício, vez que, desde a sua prolação, estão sujeitos ao duplo grau de jurisdição, independentemente da interposição de recurso voluntário, devendo as medidas cautelares nessas hipóteses ser requeridas diretamente ao tribunal, nos termos do parágrafo único do artigo 800.

Aliás, nesses casos, quando não são remetidos, geralmente considera-se como se remetidos fossem. Por ficção jurídica, desde a publicação - no sentido de ato integrativo da sentença no processo e não de intimação das partes -, considera-se como se houvesse recurso 'interposto' para fins de competência para conceder medidas cautelares. Ressalvam-se apenas as hipóteses dos artigos 853 e 880, parágrafo único." (J. E. Carreira Alvim in "CPC Reformado", 1ª ed., Del Rey, BH, 1995, págs. 252/257.)

Não obstante, deve ser mais uma vez consignado que a questão central (quanto à competência jurisdicional na fase intermediária, ou seja, após a interposição do competente recurso e a chegada dos autos ao órgão **ad quem**) todavia, permanece em nosso entender (e a luz das inúmeras controvérsias doutrinárias já existentes), sem uma solução derradeira, ainda que, sem dúvida, pelo menos no terreno da tentativa, melhor esclarecida com o advento da nova redação do parágrafo único do artigo 800 do CPC.

"Disponha o artigo 800, parágrafo único, em sua redação primitiva 'nos casos urgentes, se a causa estiver no Tribunal, será competente (para a medida cautelar) o relator do recurso'.

Como se tratava de regra de exceção à norma geral, de que a ação cautelar compete ao juiz da causa, ou seja, ao juízo de primeiro grau de jurisdição, por onde corre ou deva correr o processo principal, entendíamos que se devia partir da própria ressalva contida no parágrafo do artigo 800, para concluir-se que só excepcionalmente, em casos de real urgência, quando à parte era mais prático dirigir-se ao relator do que ao juiz de primeiro grau, é que aquele se tornaria competente para apreciar a pretensão cautelar incidental.

Nosso ponto de vista se prende ao raciocínio de que a cautela concedida à parte se refere à eficácia da sentença, eficácia que se faz atuar não no processo de conhecimento onde foi proferida a sentença, mas no posterior processo de execução que será movido não perante o tribunal **ad quem**, mas sim perante o juiz a quo.

O processo principal que se visava garantir com a cautela não era o processo em que a decisão fora proferida, visto que este já alcançara em boa parte sua finalidade. Se mesmo após a sentença ainda subsistisse a possibilidade de dano ao interesse da parte, é porque a sentença desafiaria a execução e assim o risco de dano passaria a ser enfrentado pelo processo executivo e não mais pelo processo de conhecimento.

Daí por que a competência cautelar seria do juiz de primeiro grau e não do Tribunal, pois é aquele e não este o juiz da execução.

Havia, porém, entendimentos divergentes, que preconizavam ora a competência do relator como regra, ora a do tribunal **ad quem**, afastando a competência do juiz de primeiro grau e admitindo que o relator decidisse apenas sobre a liminar.

Se a questão oferecia dificuldades nas hipóteses normais de recurso com efeito suspensivo, tornava-se singela quando o processo principal se submetia à eficácia apenas devolutiva da impugnação recursal. É que, então, sendo a execução provisória possível, sua competência era exclusiva do juiz da causa e não do Tribunal. Assim, qualquer medida cautelar que viesse a ser processada, com relação ao mesmo processo, seria acessória da aludida execução provisória e competiria ao juiz de primeiro grau de jurisdição, segundo a regra comum do **caput** do artigo 800, sem qualquer interferência do disposto no seu parágrafo único.

Um caso em que a competência do Relator é indispensável é aquele em que juiz de primeiro grau nega precisamente a tutela cautelar (por exemplo, indefere liminarmente a petição inicial ou a medida requerida **initio litis**). Interposta a apelação ou o agravo, pode a parte, em caso de urgência, requerer diretamente ao Relator providências cautelares imediatas, enquanto se espera o julgamento do recurso.

A controvérsia gerada pelo texto primitivo do parágrafo único do artigo 800 foi eliminada pela Lei nº 8 952, de 13.12.94, que deu nova redação ao aludido dispositivo legal, nos seguintes termos: 'Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida direta-

mente ao tribunal' Não há mais dúvidas, portanto, de que a competência cautelar, durante a tramitação recursal, é do tribunal e não do juiz de primeiro grau salvo, é claro, o caso em que o recurso, por não ter efeito suspensivo, como o agravo, não impede que o juiz de origem continue a officiar no processo." (Humberto Theodoro Jr. in "Curso de Direito Processual Civil", vol. II, 14ª ed., Forense, RJ, 1995, págs 384/385)

De qualquer forma, o melhor entendimento a propósito do tema parece assentar-se, por força de uma interpretação sistêmica, no sentido da efetiva competência do juiz a quo, mesmo após a interposição do recurso de apelação (relativo à ação principal), mas ainda sem o devido encaminhamento dos autos ao Tribunal -, considerando, sobretudo, não ter nenhum sentido prático a apreciação de uma cautelar incidental (e não preparatória) por julgador que não se encontra com os respectivos autos da ação principal (que, em última análise, se constitui no objeto do acautelamento vindicado) em seu poder

Por outro prisma, a doutrina mais abalizada sobre a matéria vertente, tem também estabelecido o entendimento (mais consentâneo a respeito da questão) segundo o qual é lícito ao juiz formalmente incompetente (mesmo em se tratando de incompetência absoluta) apreciar e deferir, em caráter provisório, providências cautelares urgentes, notadamente quando instrumentalizados em forma de liminar

Em caso de urgência, a liminar pode ser concedida por juiz incompetente (...) (RJTJESP 131/299)"

## (2) Vinculação de Competência entre a Ação Cautelar Preparatória e a Ação Principal

O ajuizamento da ação cautelar preparatória (antecedente), independente do eventual pedido de antecipação **in limine**, necessariamente vincula o julgador quanto ao estabelecimento efetivo de sua competência jurisdicional para apreciação da futura ação principal de conhecimento

"A competência, nas medidas preventivas, não é matéria cujo conhecimento e decisão devam ser relegados para a ação principal. É tema que deve ser decidido desde logo, embora tendo em vista a competência para a ação principal" (RJTJESP 110/281). "Se o juiz não se dá por incompetente na medida cautelar, torna-se competente para a ação principal" (STJ-1ª Seção, CC 3 624-0-SP, rel. Min. Garcia Vieira, j. 15.12.92, v.u. DJU 5 4.93, pág. 5.803)

"Se proposta a ação cautelar em um dos juízos competentes para apreciá-la, firma-se, em seu favor, a competência para a ação principal" (JTA 118/100)

"Se o juiz se dá por incompetente na ação principal, torna-se também incompetente para a cautelar" (RF 295/287)

Por "ação principal" deve entender-se a do "processo principal" (TFR-1ª Seção, CC 4 935-SP, rel. Min. Adhemar Raymundo, j. 19.10.83, v.u. DJU 12 4 84, pág. 5 476)

"Quando preparatórias, as medidas cautelares devem ser requeridas ao juiz que se apresenta competente para conhecer da causa principal, que, por isso, fica prevento" (STJ-4ª Turma, Resp. 6 386-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 28.5.91, deram provimento, maioria, DJU 7.10.91, pág. 13 971)

"A prevenção ocorre em termos recíprocos, seja qual for a demanda ajuizada em primeiro lugar: a principal ou a cautelar" (RF 273/165)

"Os processos cautelares, quando anteriores ao processo principal, tornam prevento o juízo" (RT 485/76) (Neste sentido: RJTJESP 79/314)

"A cautelar não previne a competência quando, por força de modificação legislativa, o juiz que dela conheceu não é mais competente, em razão da matéria, para a ação principal" (RSTJ 7/54 e STJ-Bol. AASP 1.644/147)

Nesse sentido, devemos entender que previnem a competência do juízo para a ação principal:

- a ação cautelar, ainda que a medida liminar haja caducado (RJTJESP 78/283, 79/314, 109/353, RF 273/165) (contra, no caso de extinção do processo cautelar antes de ajuizada a ação principal: RJTJESP 83/307, 108/409)

- o pedido de sustação de protesto (RT 563/139, JTA 46/57, maioria, 77/85, 77/95, 77/112, 77/115) (contra: JTA 71/146, RBDP 50/145)

- o alvará de separação de corpos (RT 572/98, em: RJTJESP 43/284, 46/258, 78/283, 118/452):

- a busca e apreensão de menor (RJTJESP 46/259);

- o processo de caução às custas (RT 600/37, RJTJESP 97/427);

- o sequestro (RJTJESP 36/166, RF 246/360)

Por outro lado - com diversas controvérsias assinaladas - não previnem a competência as seguintes medidas preparatórias: notificação judicial, protesto, produção antecipada de prova, dentre outras.

"A notificação judicial (CPC 867) não previne a competência do juízo" (RTFR 164/55, RT 503/151, 541/199, 544/173, 617/45, RJTJESP 105/279, JTA 89/168, 89/270) (Contra: RTFR 151/21, RT 501/197)

"A notificação, com caráter de ação contenciosa, a que se refere o artigo 27 da Lei nº 6 766, de 19.12.79, geraria prevenção. Embora o pedido notificador possa ter tal sentido, não o tem se o processo se exaure com a notificação pura e simples do requerido, com entrega à parte na forma do artigo 872 do CPC" (RF 288/263)

"Medida preliminar extrajudicial, inclusive o protesto também não previne a competência (RT 503/151). O mesmo ocorre se, podendo ser realizada por via extrajudicial, a parte preferiu efetivá-la em juízo" (JTA 45/160)

"Fixada, na ação cautelar, a competência do juízo para a ação principal, a mudança de residência da mulher (artigo 100-I) ou a de domicílio ou residência do alimentando (artigo 100-II) alteram a competência para a ação principal" (RJTJESP 94/267 e 99/253) (Contra: RJTJESP 125/307)

"A despeito da cláusula de eleição do foro, se o credor leva a protesto, em comarca diversa, o título oriundo do contrato, é porque pretende que ali seja feito o pagamento. Competência, para a medida cautelar, que assim se define a favor do local onde apresentado a protesto o título" (STJRT 697/204) (Contra: o protesto de título é mera providência acautelatória, de natureza administrativa. Não importa renúncia ao foro de eleição, nem previne a competência para a ação de execução (RJTJESP 103/267)

"Quanto à produção antecipada da prova, era dominante a jurisprudência de que previne a competência relativamente à ação principal" (TFR-2ª Seção, CC 5 435-RS, rel. Min. Américo Luz, j. 13.9.83, v.u. DJU 10.11.83, pág. 17.437; RT 545/187, 547/182, 556/89, 592/44, RF 303/207, RJTJESP 30/298, 68/252, 74/266, 75/180, 80/322, 88/329, 94/271, 97/287, 105/220, 124/421, JTA 62/384, RP 2/343, 21/304) (Neste sentido: VI ENTA - concl. 5, aprovada com apenas um voto contrário e deste teor: "A cautelar de antecipação de provas previne a competência - artigo 800 do CPC") (Contra: TRF-1ª Seção, CC 4 980-PR, rel. Min. Costa Lima, j. 18.5.83, v.u. DJU 23 6 83, pág. 9.327; RT 478/106, 509/224, 591/125, 638/76, RJTJESP 72/237, RF 246/367, 256/241, 298/230, Bol. AASP 868/247, RP 4/380) (A jurisprudência desse Tribunal foi, porém, uniformizada:

Súmula 263 do TFR: "A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal". Esta Súmula foi aprovada por unanimidade de votos (cf. Inc. de Un. de Jur. no CC 6 979-RJ. DJU 1 5 89, pág. 6.374) (Neste sentido: STJ-4ª Turma, REsp 28.264-4-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 28 6 93, deram provimento, v.u., DJU 2 8 93, pág. 14 251)