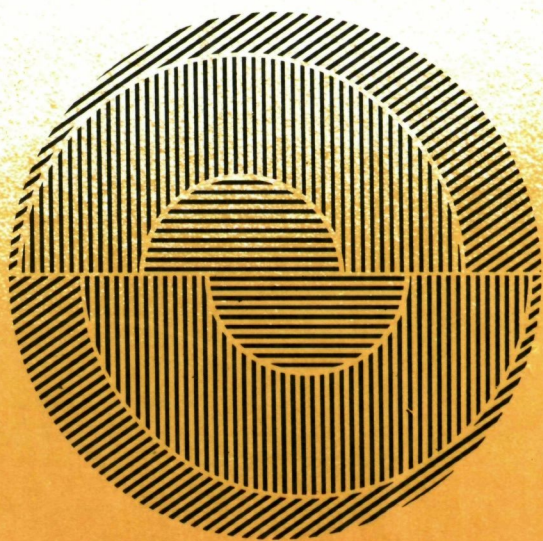


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1988

ANO 25 • NÚMERO 100

Poder cautelar geral do juiz

Ministro SYDNEY SANCHES
Supremo Tribunal Federal

O poder jurisdicional do Estado exerce-se, através do Juiz, seja no processo de conhecimento, seja no processo de execução, seja no processo cautelar.

No de conhecimento o que se busca é um juízo de certeza do direito.

No de execução o objetivo é a satisfação do direito.

E no cautelar, o simples acautelamento de eventual direito de uma das partes, enquanto não se obtém um juízo de certeza ou a satisfação do direito.

O poder do Juiz no processo cautelar se exerce através de provimentos cautelares genéricos ou específicos.

Os provimentos cautelares específicos, segundo o sistema do CPC, são: o arresto, o seqüestro, a caução, a busca e apreensão de pessoas ou de coisas, a exibição de coisas e documentos, a produção antecipada de provas, os alimentos provisionais, o arrolamento de bens, as simples medidas cautelares específicas, como a justificação, os protestos, notificações e interpeleções, a homologação do penhor legal, as relativas à posse em nome do nascituro, ao atentado, ao protesto e apreensão de títulos.

Afora isso, o Código (art. 888), sob o título "*outras medidas provisionais*", aponta outras medidas cautelares específicas, como as obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida, a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos, a posse provisória dos filhos, nos casos de desquite (hoje separação judicial, divórcio) ou anulação de casamento, o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais, o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; o afastamento temporário de um

Exposição na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 7 de maio de 1988.

dos cônjuges da morada do casal; a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita; a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

Algumas dessas medidas provisionais do art. 888 não são consideradas pela doutrina como realmente cautelares.

Mas aqui o que nos interessa é o seguinte: quando o Juiz atua em processos ou procedimentos cautelares específicos, que são os já mencionados, está exercendo seu *poder cautelar especial*.

Matéria de que aqui não cuidaremos.

Quando sua jurisdição acautela prováveis direitos das partes, mas não através daquelas ações e medidas cautelares específicas, diz-se que está exercendo seu *poder cautelar geral*.

Em que consiste, pois, o poder cautelar geral do Juiz?

Consiste na jurisdição que exerce, acautelando provável direito da parte, com medidas não previstas especificamente pelo Código.

Em outras palavras: consiste na jurisdição, que exerce, acautelando provável direito da parte, com medidas genérica e abstratamente admitidas pelo Código.

E onde está a sede, ou melhor, a *fonte do poder cautelar geral do Juiz*?

Nos artigos 798 e 799 do CPC.

Mas o exercício desse poder se faz com obediência às normas gerais do processo e do procedimento cautelar, que estão entre os artigos 796 e 812 do CPC.

Das normas relativas a procedimento, não iremos tratar.

Ficaremos, pois, no exame das normas que tratam do poder cautelar geral do Juiz.

O poder cautelar geral do Juiz se exerce, seja em procedimento cautelar antecedente, seja em procedimento cautelar *incidente*, vale dizer, antes ou durante o processo principal de conhecimento ou de execução.

É a norma do art. 796 que diz: o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

A expressão *dependente* tem sido criticada pela doutrina, pois o processo cautelar é sabidamente autônomo. O próprio Código lhe dedica um Livro.

A dependência significa apenas que do processo cautelar se destina a *servir ao processo principal*, de conhecimento ou de execução, já existente no futuro.

Cabe aqui uma primeira indagação: o *poder cautelar do Juiz*, inclusive o geral, pode ser exercido *de ofício*? Ou depende de provocação das partes?

Diz o art. 797 que só em *casos excepcionais, expressamente autorizados por lei*, determinará o Juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

Esse dispositivo abrange tanto as medidas cautelares genéricas quanto as específicas.

Donde se extrai: o Juiz não pode de ofício determinar medidas cautelares genéricas ou específicas, senão quando expressamente autorizado por lei.

O próprio Código contém algumas normas permissivas de provimentos cautelares pelo Juiz, de ofício.

Exemplo: art. 793: *suspensa a execução*, é defeso praticar quaisquer atos processuais. O Juiz poderá, entretanto, ordenar providências cautelares urgentes.

Que providências serão essas? As que o caso concreto estiver a exigir ou a recomendar.

Não precisa o Juiz, nesse caso, de *provocação das partes*.

Também o art. 653: cuida de medida cautelar "ex officio": o oficial de Justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

Trata-se de *arresto no processo de execução*, anterior à penhora, realizado pelo oficial de justiça, por força de lei.

Pode-se dizer que, nesse caso, o mandado de citação contém implícita a ordem judicial de *arresto*, se ocorrer a *hipótese mencionada no dispositivo* (não encontro do devedor).

Para isso nem há necessidade de requerimento do credor-exequente.

O art. 1.001 do CPC estatui: aquele que se julgar preterido poderá demandar a sua admissão no inventário, requerendo-o antes da partilha. Ouvidas as partes no prazo de 10 (dez) dias, o Juiz decidirá. Se não acolher o pedido, remeterá o requerente para os meios ordinários, mandando *reservar*, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio.

Essa reserva é feita "ex officio".

O art. 1.008 contém outra hipótese de medida cautelar de ofício: o Juiz mandará . . . *reservar* em poder do inventariante bens suficientes para pagar o credor, quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação, e a impugnação não se fundar em quitação.

Mas passemos ao art. 798: 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.

Portanto, *qualquer medida que parecer adequada ao Juiz*, para evitar essa espécie de lesão, pode ser determinada pelo Juiz, mas, agora, mediante provocação da parte interessada.

Aquí, nas hipóteses do art. 798, o juiz *não age de ofício*, pois a isso não está autorizado expressamente, como se exige no art. 797.

E embora o art. 798 diga que a medida provisória pode ser concedida “antes do *julgamento da lide*”, isso não significa que só antes ou durante o processo de *conhecimento* seja possível medida cautelar geral.

Também antes do ou durante o processo de execução.

A expressão “antes do julgamento da lide” deve ser entendida “antes do reconhecimento ou da satisfação do direito”, portanto, no processo de conhecimento e no de execução.

O art. 798 fala ainda em “fundado receio”.

Não basta o receio da parte, segundo sua subjetividade. É objetivamente que se lhe afere o justo receio.

O temor da lesão deve ser justificado por fatos objetivamente considerados.

O artigo quer evitar, com a medida cautelar geral, que a parte sofra uma “*lesão grave e de difícil reparação*”.

A doutrina tem divergido.

Alguns autores acham que a lesão deve ser grave e de difícil reparação. Outros acham que basta uma coisa ou outra.

Para estes, se a lesão for grave, embora de fácil reparação, nem por isso pode ser afastada a tutela cautelar. Também não fica afastada se a lesão for de difícil reparação, mas leve. (Esse, aliás, o pensamento do Des. HAMILTON DE MORAES E BARROS.)

É possível que a jurisprudência evolua para essa orientação mais liberal.

Mas o texto do art. 798, falando em “*lesão grave e de difícil reparação*”, não facilita esse entendimento (PONTES DE MIRANDA).

Ainda o art. 798 diz que a tutela cautelar geral é cabível quando houver fundado receio de que *uma parte cause ao direito da outra* aquela espécie de lesão.

BARBOSA MOREIRA lembra, porém, que o perigo pode resultar de fatos naturais, como o de destruição de uma coisa sujeita a intempéries. Não, necessariamente, de ato da outra parte.

Art. 799: 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.

Vê-se que o art. 799 explicita as medidas provisórias a que o art. 798 se refere genericamente.

Mas explicita limitando?

Ou explicita apenas exemplificativamente?

A mim me parece que *explicita apenas exemplificando*.

O juiz, no exercício do poder cautelar geral, pode adotar todas as medidas previstas no art. 799 e qualquer outra que lhe parecer adequada (art. 798).

Os *limites* são apenas os que mais adiante pretendemos examinar. Não há outras restrições.

A expressão "*autorizar a prática de atos*" parece dizer menos do que pretendeu o legislador.

Mais do que autorizar o juiz pode *determinar* a prática de atos.

E o Código só não usou a palavra ordenar, nesse ponto, porque logo em seguida iria usá-la, ao dizer: "ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens".

Por isso falou apenas em autorizar a prática de atos, para não falar duas vezes "ordenar".

Mas deveria ter dito: "*determinar*". Que é mais do que simplesmente autorizar.

Assim, pode o juiz, por exemplo, *determinar o bloqueio de uma conta bancária*, enquanto num processo principal discutem as partes a partilha de seus bens.

Aí não se trata apenas de uma autorização de bloqueio, mas de uma ordem de bloqueio, que o banco não pode descumprir.

Aliás, se o juiz pode vedar a prática de determinados atos, como está no mesmo art. 799, pode também vedar o levantamento de dinheiro junto ao banco. E nisso reside o bloqueio de conta, visto sob outro ângulo.

Pode o juiz ordenar a *guarda judicial de pessoas*, diz o art. 799.

Aqui *não se trata de guarda de filhos*, matéria que está cuidada na medida provisional prevista no art. 888, inciso VII.

Pode, por exemplo, determinar a *guarda judicial de um alienado mental*, com base no seu poder cautelar geral.

Pode ainda o juiz, diz o art. 799, *determinar o depósito de bens*.

Aqui *não se trata* do “*depósito preparatório de ação*”, de que cogitava o CPC de 1939, como “*conditio sine qua non*” para propositura de uma ação. Por exemplo, no caso de depósito da coisa pelo vendedor, diante da recusa de recebimento pelo comprador. Ação principal com pretensão ao cumprimento do contrato.

Aqui, com base no art. 799 (poder cautelar geral), o juiz pode determinar o *depósito de qualquer bem* sobre o qual esteja havendo ou vá existir alguma disputa judicial.

Imagine-se que o possuidor de um bem não esteja em condições de conservá-lo devidamente. E prefira pedir ao juiz o respectivo depósito, enquanto se prepara ou se desenvolve a ação principal.

Não se trata, aí, de seqüestro, pois é o *próprio possuidor que pede o depósito do bem*.

E o juiz pode determiná-lo, com base no seu poder cautelar geral (art. 799).

Ainda com base no art. 799, o juiz pode “*impor a prestação de caução*”.

Não se trata da caução-medida cautelar específica prevista no art. 826. Ali, no art. 826, a caução é prevista em lei ou em contrato.

Na hipótese do art. 799, o juiz pode determinar a caução sem previsão legal ou contratual, apenas com base no seu poder cautelar geral.

Também não se trata da *caução condicional para a concessão de liminar*, de que trata o art. 804 (caução pelo requerente da medida cautelar).

Nem da caução pelo requerido, a contra-cautela constante do art. 805.

A caução, de que trata o art. 799, é medida permitida ao juiz, com base em seu poder cautelar geral, sempre que a parte se encontrar na situação prevista no art. 798 (fundado receio de lesão de difícil e/ou incerta reparação).

Quais são as *hipóteses*, então, em que o juiz exercita o seu *poder cautelar geral*?

As hipóteses são *infinitas*.

A vida prática pode oferecer situações tão variadas e variáveis, que, na mesma medida, variarão as providências cautelares deferidas ao juiz.

Vejam os exemplos:

1 — Suspensão de deliberações sociais.

2 — Sustação de protesto de títulos.

3 — Divergência sobre cabimento de mandado de segurança contra ato de diretor de estabelecimento particular de ensino. Cabimento da medida cautelar inominada (atípica).

4 — Medidas cautelares atípicas relacionadas com ações tendentes à obtenção de declaração de vontade.

5 — O seqüestro do art. 507, parágrafo único do C. Civil, no caso de posses duvidosas (ambas as partes).

6 — Riscos de danificação e dilapidação de fortuna.

7 — O seqüestro de herança como medida inominada (?).

8 — Medidas atípicas em tema de posse; de construção, de frutos pendentes; de registros públicos (anotações preventivas); de ofícios reservados aos Bancos e Caixas.

9 — Ação "libero homine exhibendo". Alguém está em cárcere privado ou ilegalmente coagido. E precisa de liberdade para praticar determinado ato jurídico.

10 — Proibição de produzir determinado bem, enquanto pende o juízo de tutela do direito de invenção.

11 — Proibição de usar nome comercial que se confunda com outro.

12 — Admissão de exercício provisório de servidão de passagem sob litígio.

13 — Autorização para o locador prover, com meios próprios, à cultura de um fundo rústico abandonado pelo locatário, que não o cultivava convenientemente.

14 — Suspensão dos efeitos de uma eleição realizada por uma sociedade corporativa para composição dos órgãos de administração, sob fundamento de irregularidades na convocação da assembléia.

15 — O clássico exemplo de CALAMANDREI, em que a Justiça autorizou fosse coberto, provisoriamente, o retrato de uma ninfa exposto num salão público, em trajes sumários, e que se assemelhava à figura de uma artista muito conhecida, até que se resolvesse a causa em que a interessada pedia a retirada definitiva do quadro impudico e ultrajante.

16 — Da proibição de inovar.

17 — Remoção compulsória (cautelar) de administradores.

18 — Proibição de ligar a energia elétrica, enquanto não se adotam medidas de proteção às pessoas que habitam local próximo a um condutor de alta tensão.

19 — Para possibilitar uma execução específica (obrigação de entregar coisa certa), pode o credor pedir providências cautelares que a possibilitem no futuro.

20 — A proibição de dispor do bem, como medida cautelar. Não impede a disposição, mas a torna ineficaz.

21 — A aposição de selos ou lacres em objetos, cofres etc.

22 — Qualquer medida relativa à segurança da pessoa (prevenção contra a suposição, substituição ou a supressão do parto).

23 — A acefalia das sociedades e das fundações. A cefalização provisória (cautelar).

24 — A interdição (cautelar) do espetáculo ou representação ou execução.

25 — A tutela do direito de penhor, mediante ação cautelar de depósito.

26 — O depósito cautelar pedido pelo transportador, para não se expor a riscos maiores e inexigíveis.

27 — A retirada de obstáculos ao exercício de uma atividade lícita (civil ou comercial). Remoção de estacas colocadas na área de acesso às dependências da fábrica.

28 — Medidas adequadas para obstar o extravio de bens, dilação de patrimônio, ocultação de pessoas.

29 — No processo trabalhista: suspensão liminar de transferência de empregado.

30 — Poder cautelar geral do Juiz contra ato da administração pública. Dificuldades: presunção de legalidade dos atos administrativos e auto-executoriedade destes. Mesmo assim possibilidade em tese. Exemplo: Município pratica ato administrativo em território de outro Município. Juiz pode suspender.

31 — Ato aberrantemente inconstitucional do P. Legislativo. Eficácia imediata e concreta da lei. Direito de um cidadão imediatamente atingido. Possibilidade de suspensão cautelar? Sim. STF concedeu medida cautelar para suspender efeitos concretos, de uma Resolução do TJRJ, enquanto se processava a arguição de inconstitucionalidade mediante representação. RTJSTF, vol. 76, p. 342. Dispositivos do RI.

32 — (Nota: o art. 4.º da Lei n.º 4.348, de 26-6-1964 autorizou o Presidente do Tribunal a suspender o efeito de liminar ou sentença concessiva de mandado de segurança, em certas hipóteses. Mas aí não se trata de poder cautelar geral, mas especial, pois expressamente previsto).

Os exemplos aqui lembrados, além dos que já haviam sido mencionados, quando do estudo dos artigos 798 e 799, só guardam o propósito de se ressaltar a importância e a amplitude do poder cautelar geral do Juiz no processo civil, sobretudo no Código de 1973.

Mas, obviamente, não esgotam as possibilidades de outros, que só a vida prática pode engendrar.

Esta “tem mais exigências do que as que a imaginação de legislador poderia conceber”.

O PODER CAUTELAR GERAL DO JUIZ se exercita através de provimentos em AÇÕES CAUTELARES ou SIMPLES MEDIDAS CAUTELARES.

Quais são as condições da ação cautelar em que se pede ao Juiz o exercício de seu poder cautelar geral?

As condições gerais da ação:

- 1) possibilidade jurídica;
- 2) interesse de agir;
- 3) legitimidade para a causa (ativa e passiva).

Mas as condições especiais:

- 1) “fumus boni iuris”;
- 2) “periculum in mora” (que podem ser considerados requisitos de mérito da pretensão à segurança).

Outras normas gerais do processo cautelar aplicáveis às hipóteses de ações e medidas cautelares fundadas no poder cautelar geral do Juiz

Artigo 800: 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.

Artigo 801: requisitos da petição inicial da ação cautelar (ou simples medida).

Os artigos 802 e 803 tratam do procedimento.

O artigo 804 cuida da concessão de medida liminar, com eventual exigência de caução pelo requerente.

O 805, de caução substitutiva oferecida pelo requerido.

O 806 fixa o prazo de 30 dias para propositura da ação principal, a contar da efetivação da medida cautelar, sob pena de ineficácia desta.

O 807 diz que as medidas cautelares conservam sua eficácia nesse prazo e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

Parágrafo único. . .

O 808 indica as hipóteses em que cessa a eficácia da medida cautelar.

O 809, o apensamento dos autos do processo principal e cautelar.

O 810: o indeferimento da medida não obsta que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o Juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor.

O 811 responsabiliza o autor da ação cautelar ou o requerente da medida cautelar pelo prejuízo que causar ao requerido a execução da medida.

E o 812 estende aos procedimentos cautelares específicos as disposições gerais do Capítulo.

Sobre eles não me deterei.

Apenas devo aduzir: que os princípios gerais do processo de conhecimento incidem também no cautelar, naquilo que com ele não se mostrar incompatível (sucumbência, etc.), recursos, etc.

Limites ao poder cautelar geral do Juiz

O poder cautelar geral do Juiz é amplo. Muito amplo mesmo. Mas não absoluto. Também tem limites.

Não pode o Juiz, no processo cautelar, em caráter provisório, conceder tutela mais ampla do que aquela que a parte poderia obter, em termos definitivos, no processo de conhecimento ou de execução.

O mais há de ser sempre questão de prudência.

Considerações finais

Colocamo-nos entre os que vêem no Livro III do CPC (Livro do Processo Cautelar) um de seus pontos altos, embora concordemos com algumas observações críticas a ele endereçadas, outras mais acrescentando.

A tutela cautelar, todavia, está suficientemente distribuída, seja no próprio livro a isso destinado, seja em dispositivos esparsos dos dedicados ao processo de conhecimento, de execução e aos procedimentos especiais.

Devidamente utilizados os instrumentos oferecidos, desapegando-se os Juizes do antigo preconceito contra medidas cautelares, sobretudo as ditadas por seu poder cautelar geral, e usando da prudência que sempre há de caracterizar o bom Magistrado, não há dúvida de que a distribuição da Justiça poderá ser consideravelmente melhorada, sem maiores riscos para as partes, enquanto aguardam a prestação jurisdicional definitiva.

Eventuais abusos não de ser coibidos através dos instrumentos e com uso dos poderes propiciados pelo próprio CPC.

É lícito esperar, então, uma jurisprudência rica e aberta aos novos reclamos do direito processual civil e principalmente da Justiça.