

# TUTELA JURISDICIONAL CAUTELAR

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Professor da Faculdade de Direito da UFMG.

Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Co-fundador da "Revista Brasileira de Direito Processual".

**SUMÁRIO:** 1. Jurisdição e ação. 2. Processo. 3. Processo de conhecimento e processo de execução. 4. Processo e tempo. 5. Processo principal e processo cautelar. 6. Pressupostos das medidas cautelares. 7. Conceito de medida cautelar. 8. Medidas típicas e medidas atípicas. 9. Poder discricionário na tutela cautelar genérica. 10. Requisitos das medidas cautelares atípicas. 11. O "fumus boni iuris". 12. "O perigo de dano". 13. Formas e conteúdo das medidas atípicas. 14. A discricionariedade do poder geral de cautela e a escolha da medida atípica. 15. Opção entre medida típica e medida atípica. 16. Aplicação prática de medidas atípicas. 17. Limites do poder geral de cautela. 18. O procedimento da ação cautelar. 19. Contra-cautela. 20. Coisa julgada. 21. Competência. 22. Sucumbência e honorários advocatícios. 23. Revogação das medidas cautelares. 24. Conclusões.

## 1. Jurisdição e Ação.

A ordem jurídica existe para regular o convívio social e manter a paz no relacionamento das pessoas. Mas, a sua só existência não é suficiente para impedir os conflitos ou litígios no inter-relacionamento social. Aliás, justamente por serem ditos conflitos inevitáveis, é que no ordenamento jurídico se encontram regras **substanciais** e regras **formais**.

As primeiras, também ditas regras **primárias**, destinam-se a regular o "fundo" ou a "base" do relacionamento, definindo, em tese, os direitos e obrigações, nas diversas situações previsíveis. As segundas, também ditas regras **secundárias**, cuidam da forma de aplicar as regras primárias quando surge dissídio entre as partes a respeito de uma concreta situação de incidência das normas abstratas do ordenamento jurídico.

Para evitar os inconvenientes óbvios da justiça privada, ou seja, da tutela dos pretensos direitos subjetivos por força e iniciativa dos próprios titulares, assumiu o Estado moderno o monopólio da Justiça, que, assim, tornou-se Justiça Oficial ou Pública, como parcela da soberania estatal.

O Estado de nossos tempos, portanto, legisla, administra e jurisdiciona, tudo soberanamente.

A **jurisdição**, como parcela dos poderes soberanos do Estado, se apresenta, no dizer de LIEBMAN, como a função que toca ao Estado de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica<sup>(1)</sup>.

(1) "Manuale di Diritto Processuale Civile", 2ª. ed., 1968, vol. I, n° 3, pág. 10.

A definição e atuação do direito através da jurisdição, como é de curial sabença, não tem cabimento como simples especulação acadêmica, de sorte que só entra em função o Poder Judiciário quando se lhe oferecem casos concretos de conflitos de interesse juridicamente relevantes, isto é, quando a situação objetiva dos interessados configura uma "lide" ou um "litígio".

Lide ou litígio, por sua vez, é o acontecimento real e efetivo em que uma pessoa disputa com outra um mesmo bem ou valor jurídico. Dá-se a lide, na expressão de CARNELUTTI, quando ocorre o conflito de interesses, representado pela pretensão de uma parte e pela resistência de outra.

O litígio é, destarte, um acontecimento que necessariamente precede ao processo de atuação da jurisdição, sendo, por isso mesmo, condição **sine qua non** do processo<sup>(2)</sup>.

Sem a lide não pode existir processo de atuação jurisdicional. Eclodida, porém, a lide, não pode o Estado se furtar ao dever de prestar a tutela jurisdicional, isto é, tendo assumido o monopólio da Justiça, não lhe é permitido omitir-se diante dos litígios.

Do monopólio em questão, além do poder soberano de impor a solução aos litígios, que cabe incontestavelmente ao Estado, surgem duas inevitáveis consequências:

a) a obrigação do Estado de prestar a tutela jurídica aos cidadãos<sup>(3)</sup>; e

b) um verdadeiro e distinto direito subjetivo para a pessoa envolvida na lide, que vem a ser o "direito de ação", oponível ao Estado-juiz, e que se pode definir como "o direito à jurisdição"<sup>(4)</sup>.

## 2. Processo

Para exercer a função jurisdicional e satisfazer o direito subjetivo de ação, o Estado cria órgãos especializados, cuja atuação, todavia, não é discricionária ou livre. Ao contrário, há um "método" ou "sistema" rígido de atuação do Poder Judiciante, que vem a ser o "processo".

Em sua substância, o processo é uma relação jurídica de direito público estabelecida entre as partes e o Estado, para encontrar e impor a solução definitiva da lide, segundo a ordem jurídica vigente. Do ponto de vista exterior ou prático, essa rela-

(2) FREDERICO MARQUES, "Manual de Direito Processual Civil", 1ª ed., vol. I, n° 102, pág. 125.

(3) ARRUDA ALVIM, "Cód. Proc. Civil Comentado", 1ª. ed., vol. I, pág. 232.

(4) ROCCO, "apud" ARRUDA ALVIM. ob. cit., pág. 231; LIEBMAN, "Manuale di Diritto Processuale Civile", I, n° 13, pág. 38.

ção jurídica compõe-se de uma sucessão de atos praticados, pelas partes, pelo juiz e seus auxiliares, e, eventualmente, por terceiros convocados a participar da apuração da verdade, todos coordenados a uma única e precípua finalidade, qual seja, a de pacificar a lide.

Não qualquer pacificação, mas apenas aquela que corresponda à vontade da lei, é que é buscada pelo processo.

Por isso, dando ao direito do caso concreto a certeza que é a condição da verdadeira justiça<sup>(5)</sup> e realizando a justa composição do litígio<sup>(6)</sup>, promove a jurisdição o restabelecimento da ordem social, mediante eliminação do conflito de interesses que ameaça a paz social<sup>(7)</sup>.

## 3. Processo de conhecimento e processo de execução.

A função do processo é sempre a de compor litígios, segundo a vontade da lei. Há, por isso, sempre na atividade jurisdicional uma declaração de direito subjetivo, ainda que implicitamente, pois mesmo na atividade de atuação material sobre o patrimônio do devedor, para satisfazer direito do credor, tem sempre o juiz que partir de uma verificação da existência do direito que vai realizar.

As lides, porém, nem sempre são da mesma estrutura ou natureza, de sorte que também os processos que as devem solucionar não podem ser todos iguais.

Há conflitos em que, de antemão, o juiz não pode afirmar a quem corresponde a vontade da ordem jurídica. Outros, contudo, estabelecem-se por pura resistência de um dos litigantes, sendo certo o direito subjetivo do outro.

Na primeira hipótese, diz-se que a lide é de pretensão "contestada", e na segunda, que a lide é apenas de pretensão "insatisfeita".

Para solucionar a lide de pretensão contestada, o processo adequado é o de "cognição", ou de "conhecimento". Seu objetivo é uma "sentença", em que se acertará ou definirá a efetiva situação jurídica das partes<sup>(8)</sup>. Quando, por outro lado, a pretensão do credor está documentada em um título a que a lei reconhece a força de atribuir certeza, liquidez e exigibilidade ao respectivo crédito, o processo não tem mais a preocupação dialética de discutir e definir tal direito subjetivo. Tomando conhecimento liminar do título, toda a atividade jurisdicional assume a forma de coa-

(5) LIEBMAN, ob. cit., I, n° 3, pág. 9.

(6) CARNELUTTI, "Sistema di Diritto Processuale Civile", vol. I, pág. 7.

(7) CARNELUTTI, "Istituzioni del Processo Civile Italiano", vol. I, n° 1, pág. 3; CALAMANDREI, "Estudios sobre el Processo Civil", ed. 1945, pág. 270.

(8) LENT, "Diritto Processuale Civile Tedesco", § 2º, pág. 17.

ção estatal sobre o patrimônio do devedor para, independentemente da vontade deste, realizar a prestação a que tem direito o credor. Trata-se do processo de "execução".

#### 4. Processo e tempo

Sob duas formas distintas, realiza o Estado a jurisdição:

- a) pela "cognição", que define a vontade concreta da lei diante da situação litigiosa; e
- b) pela "execução", que torna efetiva (real) essa mesma vontade.

Em tese, conhecer e executar deveriam exaurir toda a missão atribuída ao processo, como instrumento de realização da tutela jurisdicional.

Acontece, todavia, que, qualquer que seja a prestação a cargo da jurisdição, o provimento definitivo não pode ser ministrado instantaneamente. A composição do conflito de interesses (lide), através do processo, só é atingida mediante seqüência de vários atos essenciais que ensejam a plena defesa dos interesses antagônicos das partes e propiciam ao julgador a formação do convencimento acerca da melhor solução da lide, extraído do contato com as partes e com os demais elementos do processo.

De tal sorte, entre a interposição da demanda e a providência satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo), medeia necessariamente um certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto.

Não obstante essa necessária "demora" do processo, é intuitivo que o ideal é que a "lide" seja composta no mesmo estado em que se achava ao ser posta em juízo, tanto que se atribui à função declarativa das sentenças o efeito retroativo ao momento da propositura da ação<sup>(9)</sup>.

É indubitável, porém, que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar, e freqüentemente acarreta ou enseja, variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como, por exemplo, a deterioração, o desvio, a morte, a alienação etc., que, não obstados, acabam por inutilizar a solução final do processo, em muitos casos.

(9) ALSINA, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", 1.ª. ed., vol. III, pág. 287.

Parece lógico que, ao Estado, como detentor da jurisdição, não basta garantir a tutela jurídica; não basta instituir o processo e assegurar o socorro a ele por meio da ação.

Para consecução do objetivo maior do processo, que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, não se pode contentar com a simples outorga à parte do direito de ação. Urge assegurar-lhe, também, e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução "justa" da lide.

Não é suficiente ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente "justa", isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente.

Em outros termos, é indispensável que a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o designio para o qual foi engendrada. Pois, de nada valeria, por exemplo, condenar o obrigado a entregar a coisa devida, se esta já inexistisse ao tempo da sentença; ou garantir à parte o direito de colher um depoimento testemunhal, se a testemunha decisiva já estiver morta quando chegar a fase instrutória do processo; ou, ainda, declarar em sentença o direito à percepção de alimentos a quem, no curso da causa, vier a falecer justamente por carência dos próprios alimentos.

É intuitivo, destarte, que a atividade jurisdicional tem de dispor de instrumentos e mecanismos adequados para contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo.

#### 5. Processo principal e processo cautelar

Se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em providência inócua e inútil.

Surge, então, o processo cautelar como uma nova face da jurisdição e como um "tertium genus", contendo "a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução", e tendo por elemento específico "a prevenção"<sup>(10)</sup>.

Enquanto o processo principal (de cognição ou execução) busca a composição da lide, o processo cautelar contenta-se em outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes.

(10) BUZAID, "Exposição de Motivos", de 1972, n.º 11.

Ambos os processos giram em torno da "lide", pressuposto indeclinável de toda e qualquer atuação jurisdicional. Mas enquanto a lide e sua composição apresentam-se como o objetivo máximo do processo principal, o mesmo não se dá com o processo cautelar.

A este cabe uma função "auxiliar e subsidiária", de servir à "tutela do processo principal", onde será protegido o direito e eliminado o litígio, na lição de CARNE-LUTTI<sup>(11)</sup>.

Na realidade, a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição.

Não dando solução à lide, mas criando condições para que essa solução ocorra no plano de maior justiça dentro do processo principal, anota RONALDO CUNHA CAMPOS que "a função cautelar tem por escopo servir o interesse público na defesa do "instrumento" criado pelo Estado para compor lides, isto é, a defesa do processo"<sup>(12)</sup>.

O acerto da tese parece-me evidente, porque, no momento em que o Estado oferece a tutela cautelar à parte, não se tem ainda condições de apurar, com segurança, se seu direito subjetivo material realmente existe e merece a tutela definitiva do processo de mérito. Esse reconhecimento só será possível depois da cognição plena que o processo principal virá ensejar. Assim, ao eliminar um situação de perigo que envolve apenas um interesse do litigante, o processo cautelar está, acima de tudo, preocupado em assegurar que o resultado do processo principal seja, em qualquer hipótese, útil e consentâneo com a missão que se lhe atribuiu.

Eliminando o perigo antevisto e que não pode ser impedido pelo provimento do processo principal, em razão da sua natural e necessária demora, o destino do processo cautelar é, em suma, "fazer possível a atuação posterior e eventual de uma das formas de tutela definitiva", nas palavras de MICHELI<sup>(13)</sup>.

## 6. Pressupostos das medidas cautelares

As medidas cautelares não são prodigamente facultadas às partes. Ao contrário, são providências de caráter excepcional, que apenas em situações de real emergência podem ser atuadas.

(11) "Diritto e Processo", ed. 1958, pág. 353 e seg.

(12) In "Rev. Bras. de Dir. Processual", vol. IV, pág. 184.

(13) "Derecho Procesal Civil", ed. 1970, vol. I, n.º 20, pág. 78.

Como objeto de ação, as medidas da espécie dependem de processo regularmente instaurado visando seu objetivo especial: a prevenção. Sua postulação válida reclama, por isso mesmo, a observância dos pressupostos processuais e das condições de ação, dentro do mesmo conceito com que esses requisitos se impõem ao processo principal.

Mas, além desses requisitos comuns, a obtenção da tutela cautelar reclama outros que se devem considerar específicos, e que, na doutrina recebem a denominação de "fumus boni iuris" e "periculum in mora".

Na ordem prática, portanto, para obter-se uma providência de natureza cautelar, é necessário que:

a) ocorra uma situação de "dano potencial", ou seja, um risco criado para um interesse do litigante, em razão da demora do processo principal. A situação há de ser de tal forma que, concretizado o dano temido, o processo principal perderia sua utilidade para a defesa do possível direito do litigante. Nisso consiste o "periculum in mora";

b) por outro lado, é preciso que o direito em risco seja "plausível", segundo sumária apreciação do interesse revelado pela parte. Não se reclama a prova plena e completa de tal direito, mesmo porque tal só será possível no curso do processo principal. O interessado, porém, terá de demonstrar, pelo menos aparentemente, uma situação reveladora de titular do direito de ação, isto é, deverá invocar uma situação fático-jurídica que em tese torne **plausível** a tutela jurídica do processo de mérito. Nisso consiste o "fumus boni iuris".

## 7. Conceito de medida cautelar

A relação processual envolve elementos subjetivos e objetivos, todos importantes para a consecução final da meta do processo: a justa composição da lide.

São elementos "subjetivos", além do juiz que soberanamente representa o poder estatal, as partes envolvidas na lide; e são elementos "objetivos", ora as provas (processo de conhecimento), ora os bens (processo de execução).

Todos esses elementos (pessoas, provas e bens) podem, na duração ou demora do processo principal, enfrentar situação de risco de dano, por conduta de um dos litigantes ou por evento ocasional. Para proteção provisória de todos eles, tem cabimento a atuação da função cautelar.

Mas, essa função não consiste em antecipar solução da lide para satisfazer prematuramente o direito material subjetivo em disputa no processo principal. O que se obtém no processo cautelar, e por meio de uma medida cautelar, é apenas a preven-

ção contra o risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte e que compromete a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito.

Por isso é que se diz que o processo principal é de natureza "satisfativa", porque redundará na satisfação efetiva do direito da parte, quando esta sai vitoriosa no pleito forense. Mas, a tutela cautelar é apenas de "prevenção" ou "garantia", porque quem a obtém, mesmo ganhando a ação cautelar, não consegue, só com ela, a satisfação de seu pretense direito, que continua na dependência da solução do processo principal. Com a medida cautelar, a parte beneficiada apenas se precavém contra uma temida mudança na situação fática ou jurídica que poderia inutilizar o resultado do processo principal caso lhe venha a ser favorável.

Daí considerar UGO ROCCO as medidas cautelares como meios pelos quais, diante de uma situação perigosa, o direito processual elimina a possibilidade ou probabilidade de um dano.

Assim visto o problema, podemos definir a medida cautelar como a providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal, isto é, durante todo o tempo necessário para a definição do direito no processo de conhecimento ou para a realização coativa do direito do credor sobre o patrimônio do devedor, no processo de execução<sup>(14)</sup>.

## 8. Medidas Típicas e Medidas Atípicas

Ao regular o poder cautelar do juiz, a lei, segundo a experiência da vida e a tradição do direito, prevê várias providências preventivas, definindo-as e atribuindo-lhes objetivos e procedimentos especiais. A essas medidas, atribui-se a denominação de medidas cautelares "típicas" ou "nominadas". É o caso, por exemplo, do arresto, do seqüestro, das antecipações de prova, do atentado, etc. (arts. 813 a 889, do C.P.C.).

Mas, a função cautelar não fica restrita às providências típicas, porque o intuito da lei é assegurar meio de coibir qualquer situação de perigo que possa comprometer a eficácia e utilidade do processo principal. Daí existir, também, a previsão de que caberá ao juiz determinar outras medidas provisórias, além das específicas, desde que julgadas adequadas, sempre que houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra, lesão de grave e difícil reparação (C.P.C., art. 798).

(14) UGO ROCCO, "Tratado de Derecho Procesal Civil", vol. V, ed. 1977, págs. 55-56.

Há, destarte, medidas que o próprio legislador define e regula suas condições de aplicação, e há também medidas que são criadas e deferidas pelo próprio juiz, diante de situações de perigo não previstas ou não reguladas expressamente pela lei.

Esse poder de criar providências de segurança fora dos casos típicos já arrolados pelo Código, recebe, doutrinariamente, o nome de "poder geral de cautela".

É, porém, de ressaltar que entre as medidas típicas e as que provêm do poder geral de cautela não há diferença de natureza ou substância.

Em todos os casos — adverte ROCCO — os órgãos judicantes desempenham a mesma função de natureza cautelar, ou seja, a atividade destinada a evitar um perigo proveniente de um evento possível ou provável, que possa suprimir ou restringir os interesses tutelados pelo direito<sup>(15)</sup>.

Diante, porém, do poder geral de cautela, a atividade jurisdicional apoia-se em "poderes indeterminados", porque a lei, ao prevê-los, não cuidou de preordená-los a providências de conteúdo determinado e específico. Já nos procedimentos específicos, tudo que diga respeito ao exercício da função cautelar, quer quanto ao cabimento da providência, quer quanto ao seu objetivo, pressupostos e limites, tudo isto está adrede previsto e regulado pela lei.

Eis porque, conclui ROCCO, a diferença entre as medidas típicas e as atípicas é apenas a maior ou menor determinação de especificidade<sup>(16)</sup>.

## 9. Poder Discricionário na Tutela Cautelar Genérica

Deixando ao critério do juiz a determinação das medidas práticas cabíveis no âmbito do poder geral de cautela, a lei, na realidade, investe o magistrado de um poder discricionário de amplíssimas dimensões.

Apreciando o tema, observa GALENO LACERDA que "no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas" para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricionação do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do "imperium", decretava os "interdicta"<sup>(17)</sup>.

(15) Ob. cit., pág. 409.

(16) Ob. cit., pág. 410.

(17) "Comentários ao Cód. Proc. Civil", série Forense, vol. VIII, tomo I, 2ª. ed., n.º 25, págs. 135-136.

Mas, impõe-se reconhecer, desde logo, que discricionariedade não é o mesmo que arbitrariedade, mas apenas possibilidade de escolha ou opção dentro dos limites traçados pela lei. Na verdade a outorga de um poder discricional resulta de um ato de confiança do legislador no juiz, não porém num "bil" para desvencilhá-lo dos princípios e parâmetros que serviram de fundamento à própria outorga.

Assim, o Código, em seu art. 798, ao instituir o poder geral de cautela, já o destinou apenas aos casos em que alguma medida provisória for necessária para coibir risco de lesão grave e de difícil reparação, que ameace o direito de uma das partes, antes do julgamento de mérito ou solução do processo principal.

Vê-se, pois, que ao mesmo tempo em que o poder discricional foi criado, recebeu também destinação e condicionamentos que o limitam estritamente dentro da função cautelar e de seus pressupostos tradicionais.

#### 10. Requisitos das Medidas Cautelares Atípicas

Pelo texto do art. 798 do C.P.C., fácil é concluir que os requisitos das medidas atípicas são os mesmos das medidas cautelares típicas, isto é, para obter-se a proteção do poder geral de cautela é preciso que concorram:

a) um interesse em jogo num processo principal (direito plausível, ou "fumus boni iuris"); e o

b) fundado receio de dano, que há de ser grave e de difícil reparação, e que se tema possa ocorrer antes da solução definitiva da lide, a ser encontrada no processo principal ("periculum in mora").

#### 11. O "Fumus Boni Iuris"

Não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, freqüentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal. Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o "direito de ação", ou seja, o direito ao processo de mérito.

É claro que deve ser revelado como um "interesse amparado pelo direito objetivo, na forma de um direito subjetivo, do qual o suplicante se considera titular, apresentando os elementos que *prima facie* possam formar no juiz a opinião de credibilidade mediante um conhecimento sumário e superficial", como ensina UGO ROCCO<sup>(18)</sup>.

(18) Ob. cit., pág. 433.

Não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo principal. Assim, se da própria narração do requerente da ação cautelar, ou da flagrante deficiência do título jurídico em que se apóia sua pretensão de mérito, conclui-se que não há possibilidade de êxito para ele na composição definitiva da lide, caso não é de lhe outorgar a proteção cautelar. Mesmo porque, quando da narração dos fatos não decorre, logicamente, a conclusão pretendida pelo autor, sua petição inicial, no processo de mérito, é inepta e deve liminarmente ser indeferida (C.P.C., art. 295, pará. único, n.º II).

Ora, sendo inviável o processo principal, não se concebe possa deferir-se a tutela cautelar, cujo objetivo maior é precisamente servir de instrumento para melhor e mais eficaz atuação do processo de mérito.

#### 12. O Perigo de Dano

Diz a lei que o **perigo**, justificador da atuação do poder geral de cautela, deve ser:

a) "fundado";

b) relacionado a um dano "próximo"; e

c) que seja "grave" e de "difícil reparação".

Receio fundado é o que não decorre de simples estado de espírito do requerente, que não se limita à situação subjetiva de temor ou dúvida pessoal, mas se liga a uma situação objetiva, demonstrável através de algum fato concreto.

Perigo de dano próximo ou iminente é, por sua vez, o que se relaciona com uma lesão que provavelmente deva ocorrer, ainda durante o curso do processo principal, isto é, antes da solução definitiva ou de mérito<sup>(19)</sup>.

Por fim, o dano temido, para justificar a proteção cautelar há de ser a um só tempo grave e de difícil reparação, mesmo porque as duas idéias se interpenetram e se completam, posto que, para ter-se como realmente grave uma lesão jurídica, é preciso que seja irreparável sua conseqüência, ou pelo menos de difícil reparação.

Essa irreparabilidade ou problemática reparabilidade, pode ser aferida tanto do ponto de vista "objetivo", como de "subjetivo". No primeiro caso, é de considerar-se irreparável ou dificilmente reparável, o dano que não permita, por sua natureza, nem a reparação específica, nem a do respectivo equivalente (indenização).

(19) CALVOSA, "Il Processo Cautelara", ed. 1970, pág. 769.

Do ponto de vista subjetivo, é de admitir-se como irreparável ou dificilmente reparável o dano, quando o responsável pela restauração não tenha condições econômicas para efetua-la<sup>(20)</sup>.

Por outro lado, deve-se ter como "grave" todo dano que, uma vez ocorrido, irá importar supressão total, ou inutilização, senão total, pelo menos de grande monta, do interesse que se espera venha a prevalecer na solução da lide pendente de julgamento ou composição no processo principal<sup>(21)</sup>.

### 13. Formas e conteúdo das medidas atípicas

Dispõe o art. 799 do Cód. de Processo Civil que, no exercício do poder geral de cautela, 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".

Essa enumeração tem sido interpretada, pela doutrina, como meramente exemplificativa, sem caráter exaustivo<sup>(22)</sup>, já que qualquer que seja a situação de perigo que venha a antepor-se ao interesse da parte, enquanto não solucionado o processo principal, é de ser provisoriamente coibida através de medidas adequadas, criadas e aperfeiçoadas dentro do poder geral de cautela.

Aliás, não é preciso nem sequer fugir da enumeração da lei para admitir o amplo e irrestrito poder geral de cautela que se atribui ao juiz. É que dentro do permissivo genérico utilizado pelo legislador, em expressões elásticas como "autorizar ou vedar a prática de determinados atos", cabe, sem dúvida, uma quase infindável seqüência de medidas.

Qualquer, porém que seja a medida atípica, apresentar-se-á sempre como uma "ordem", um "comando", ou uma "injunção" imposta pelo órgão judicial a uma das partes em conflito.

Essas ordens podem ser de caráter ou conteúdo "positivo" (ordens de fazer), ou "negativo" (ordens de não fazer), e terão como destinatário a pessoa que com sua ação ou omissão ameaça restringir ou suprimir o interesse substancial do promovente, interesse esse que, teoricamente, está protegido pelo direito<sup>(23)</sup>.

É certo que a ordem de não fazer é sempre destinada ao adversário do promovente da medida cautelar. Já a ordem positiva, tanto pode dirigir-se a um como outro dos interessados, posto que, muitas vezes o ato a praticar é do interesse do pró-

(20) CALVOSA, ob. cit., pág. 770.

(21) ROCCO, ob. cit., V, pág. 433.

(22) GALENO LAGERDA, ob. cit., n.º 32, pág. 170.

(23) ROCCO, ob. cit., V, pág. 435.

prio requerente, o qual se vale da ação cautelar inominada apenas para obter a autorização necessária. Nessa hipótese, o comando positivo que franqueia o "facere" ao promovente, corresponde, naturalmente, a um preceito contrário em relação ao promovido, qual seja, o de abster-se de impedir o promovente de realizar o ato que o juiz permitiu, dentro do exercício do poder geral de cautela.

### 14. A Discricionariedade do Poder Geral de Cautela e a Escolha da Medida Atípica

As ordens ou injunções de fazer, não fazer, ou de prestar, que, no exercício do poder geral de cautela, podem assumir o conteúdo mais variado possível, segundo as situações de fato ou de direito sobre as quais terão de incidir, para preservar ou tutelar o interesse em risco de lesão. Mas, uma vez requeridas por uma das partes, terão de ser valoradas pelo juiz no que diz respeito não só à sua necessidade, como também à sua adequação ou capacidade para eliminar o perigo evidenciado.

É certo que, em regra, o juiz não tem a iniciativa da tutela cautelar, como, aliás, ocorre com a tutela de mérito, já que ambas só devem ser prestadas quando requeridas pela parte, nos casos e forma legais (C.P.C., arts. 2º e 801). Mas, uma vez invocada a prestação de tutela preventiva, dentro do âmbito de todo o processo cautelar, e especialmente, no tocante ao poder geral de cautela, incumbe ao juiz a função de adequar a medida aos limites e objetivos da jurisdição de prevenção.

Nesse passo, o poder discricionário do juiz atua:

a) no que se refere à apreciação da verossimilhança das circunstâncias reveladoras do interesse a proteger;

b) no que concerne ao juízo de possibilidade ou probabilidade de que se verifique o evento danoso e à oportunidade de providenciar a eliminação do perigo; e, também,

c) relativamente à escolha e determinação da providência que, segundo as circunstâncias, se afigura, no juízo discricionário do julgador, mais idônea para conservar o estado de fato e de direito envolvido na lide<sup>(24)</sup>.

### 15. Opção Entre Medida Típica e Medida Atípica

As medidas "típicas", como o seqüestro e o arresto, referem-se apenas a certos interesses ou direitos subjetivos bem determinados pela lei, na própria regulamentação dessas medidas. Já o direito subjetivo que se procura tutelar através do poder geral de cautela é o mais indeterminado possível, isto é, "pode consistir em 'qualquer direito subjetivo' suscetível de tutela por via de ação"<sup>(25)</sup>.

(24) ROCCO, ob. cit., V, págs. 410-411.

(25) ROCCO, ob. cit., V, págs. 412.

Isso contudo, não importa excluir da área de incidência das medidas específicas a admissibilidade também das medidas atípicas. Na verdade, não há incompatibilidade entre elas. Um crédito que normalmente se protege com o arresto, ou bem litigioso que se ampara com o seqüestro, em certas circunstâncias pode, perfeitamente, ser também objeto de alguma medida provisória atípica, como por exemplo, a interdição de dispor, o depósito, a caução, etc.

Todos os direitos subjetivos ou interesses, mesmo os compreendidos na tutela das medidas específicas, estão também incluídos na área de incidência da tutela genérica ou não específica, desde que reclamem proteção preventiva não especificada em lei, mas compreensível nos poderes outorgados ao juiz pelo art. 798 do C.P.C.<sup>(26)</sup>.

### 16. Aplicação Prática de Medidas Atípicas

Pela amplitude do poder geral de cautela, é praticamente ilimitada a possibilidade de seu desdobramento em figuras práticas, diante do infinito e imprevisível número de situações de perigo que podem surgir antes do julgamento das diversas causas que o Poder Judiciário tem de dirimir.

Apenas para ilustrar e para lembrar os casos mais freqüentes, em nossa experiência e na do direito europeu, podem-se arrolar os seguintes exemplos de medidas atípicas:

a) a sustação do protesto cambiário, antes da ação anulatória do título ou de desconstituição do negócio subjacente, para evitar o notório prejuízo comercial que a medida acarreta ao devedor;

b) a suspensão provisória de deliberação social, quando a minoria ou algum sócio vencido pretenda mover ação principal para anular a decisão tomada pela assembléia da sociedade civil ou comercial;

c) a proibição de dispor, como medida menor do que o seqüestro e o arresto, pois conserva a posse do dono, e apenas interdita a possibilidade de alienação da coisa;

d) o depósito, quando a parte litigante quer se desonerar do risco de continuar com a guarda do objeto litigioso e há recusa em recebê-lo por parte do adversário;

e) a proibição de fabricar determinado produto, enquanto pende o juízo de tutela ao direito de invenção;

f) a proibição de usar nome ou marca comercial, que se confunda com outro ou outra;

(26) ROCCO, ob. cit., V, págs. 414.

g) admissão de exercício provisório de servidão de passagem sob litígio;

h) autorização para o locador prover por meios próprios a cultura de um fundo rústico abandonado pelo locatário, que não o cultivava convenientemente;

i) suspensão dos efeitos de uma eleição realizada por sociedade corporativa para composição dos órgãos de administração, sob fundamento de irregularidade na convocação da assembléia;

j) autorização ao parceiro-proprietário para fazer a colheita da lavoura e depositar os frutos para posterior partilha, tendo em vista o abandono da plantação pelo parceiro-agricultor;

k) suspensão de mandato social e nomeação de administrador judicial;

l) condicionamento de certos atos de administração de bens litigiosos à prévia autorização judicial;

m) suspensão de atos de disposição do interditando, durante o processo de interdição.

Diante desse variado mostruário, é fácil ter uma idéia de quão amplo e, até mesmo ilimitado, é o campo de aplicação das medidas cautelares atípicas, que, na realidade, se multiplicam infinitamente, diante das necessidades universais dos casos concretos.

### 17. Limites do Poder Geral de Cautela

Se o poder cautelar genérico é amplo e não restrito a casos predeterminados, nem por isso é ilimitado e arbitrário.

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

A propósito, adverte CALVOSA que a situação substancial, para justificar a medida atípica, deve ser, por sua natureza, suscetível de modificações no tempo e que tais modificações prováveis possam acarretar prejuízo, por ato de outrem.

Fora daí a medida preventiva fica sem ambiente adequado sobre que possa influir. A decisão de mérito, por si só, será capaz de compor a lide, sem necessidade de proteção do auxílio da tutela cautelar genérica<sup>(27)</sup>.

(27) CALVOSA, ob. cit., pág. 768.



Por outro lado, como bem ressalta LOPES DA COSTA, "a medida não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória"<sup>(28)</sup>.

As injunções, positivas ou negativas, que se emitem no exercício do poder geral de cautela, têm como finalidade natural e necessária, apenas a "conservação do estado de fato e de direito" a que se vinculam os interesses que se vão defender no processo principal<sup>(29)</sup>. Não podem essas medidas, portanto, assumir feição "satisfativa", pois seu escopo não é mais do que "garantir" a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional de mérito, esta sim de natureza satisfativa, no que diz respeito ao direito substancial da parte.

Precisamente porque têm caráter apenas "conservativo", as medidas atípicas não deverão 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<sup>(30)</sup>.

Nem mesmo a imposição de cláusula ou condição de posterior reposição ao "statu quo ante", caso haja sucumbência no processo principal, deve permitir ao juiz o deferimento de medidas satisfativas, que corresponderiam a uma execução provisória de uma sentença ainda não proferida, porque tal ultrapassaria, evidentemente, a área da prevenção ou segurança, de que não podem fugir as providências cautelares.

Por força dessa limitação das medidas cautelares, isto é, por importar antecipação de solução do verdadeiro mérito do processo principal:

a) em ação cautelar, não são possíveis alterações de inscrição e transcrição do Registro Imobiliário, porque afetariam e modificariam diretamente o direito material da parte promovida;

b) pela mesma razão, não se permite que se possa cancelar inscrição de hipoteca ou outro ônus real<sup>(31)</sup>;

c) nem se toleraria que, num litígio sobre compra e venda ou locação, o detentor da coisa fosse, cautelarmente, compelido a entregá-la ou restituí-la à outra parte<sup>(32)</sup>.

"A verdade é que — na advertência de ROCCO — nenhuma providência cautelar, seja específica e determinada, seja genérica e indeterminada (atípica), constitui, em hipótese alguma, um antecipação provisional da resolução do conflito de interesses"<sup>(33)</sup>.

(28) "Medidas Preventivas", 2ª. ed., n° 16, pág. 21.

(29) ROCCO, ob. cit., pág. 435, nota 50.

(30) ROCCO, ob. cit., loc. cit.; CALVOSA, ob. cit., págs. 782-783.

(31) LOPES DA COSTA, ob. cit., n° 16, pág. 22; CALVOSA, ob. cit., pág. 788.

(32) LOPES DA COSTA, ob. cit., loc. cit..

(33) Ob. cit., pág. 417.

O juízo de plena cognição que há de permitir a composição da lide em torno da questão substancial de mérito, nada tem que ver com o juízo mediante cognição inteiramente sumária e superficial da provável existência do direito substancial e do perigo que o ameaça, a fim de justificar e abrir ao interessado a via da tutela cautelar<sup>(34)</sup>.

Tendo, como é sabido, as providências cautelares e as de mérito, conteúdos 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<sup>(35)</sup>.

Aliás, é texto de lei que as medidas cautelares não devem influir na solução da ação principal (C.P.C., art. 810), de maneira que esta tanto pode vir a ser, no final, favorável ou não ao promovente da ação cautelar. Daí porque, conclui ROCCO, que não se pode pretender ver na medida cautelar antecipação provisional de efeitos da decisão de mérito.<sup>(36)</sup>

Sob o aspecto do alcance da medida cautelar, é forçoso reconhecer que deve haver proporção entre a providência atípica e a prestação que se espera obter no processo de mérito.

Anota LOPES DA COSTA, a propósito do tema, que "a medida deve restringir-se aos limites do direito cuja realização se pretende assegurar. Providências a que o requerente, mesmo que vencesse na causa principal, não teria direito, não lhe podem ser concedidas. Se, por exemplo, tem ele um direito de uso comum, este não pode ser garantido como medida que conceda uso exclusivo. Não se concede, finalmente, medida preventiva que se não possa aplicar em execução de sentença em ação satisfativa. Por exemplo, o restabelecimento da vida conjugal; a prestação de serviços; a prisão, para obrigar a exibição de bens para arresto"<sup>(37)</sup>.

Por último, doutrina e jurisprudência estão acordes em que não se admite que, a pretexto de medida provisória atípica, seja decretada a suspensão de eficácia ou executoriedade de sentença ou outro provimento judicial de mérito. Aliás, é de texto legal expresso a regra de que nem mesmo a interposição de ação rescisória suspende a execução do decisório trânsito em julgado (C.P.C., art. 498)<sup>(38)</sup>.

(34) ROCCO, ob. cit., pág. 418.

(35) ROCCO, ob. cit., loc. cit..

(36) Ob. cit., pág. 419.

(37) Ob. cit., n° 16, pág. 22.

(38) CALVOSA, ob. cit., pág. 457; CARLO FURNO, "La Sospensione del Processo Esecutivo", ed. 1956, n° 14, pág. 60; T.A.M.G., ac. no M. Seg. 462, in "D. Jud. M.G.", de 26.11.77; T.J.R.J., ac. na Resc. 180, in "R.T.", 535/167.

Partindo da exigência do "fumus boni iuris", como pressuposto de qualquer medida cautelar, CALVOSA faz, ainda, as seguintes restrições ao poder geral de cautela:

a) só o direito que, pelo menos aparentemente, se pode fazer valer em juízo é que merece a tutela das medidas atípicas;

b) não cabe essa tutela quando a situação substancial for constituída de um direito natural, insuscetível de exigência ou realização coativa no processo principal;

c) não cabe, também, a proteção de simples expectativa de direito; o que se garante é o exercício de um direito já adquirido (o que, todavia, não exclui o direito exigível a termo);

d) não protege um direito que depende do acolhimento de uma ação constitutiva (aquí, porém, ROCCO discorda, a meu ver com razão, já que não há motivo para negar a tutela de segurança aquele que revela o "fumus boni iuris" do direito potestativo de desconstituir uma situação jurídica);

e) por último, não impede a configuração do "fumus boni iuris" e, conseqüentemente, a tutela do poder geral de cautela, a circunstância de ser incerta ou controvertida a relação jurídica existente entre as partes. Basta que, em tese, o direito invocado pela parte seja tutelável nas vias ordinárias.

### 18. O Procedimento da Ação Cautelar

Reportando-se à lição de SATTI, ensina CALVOSA que todo provimento cautelar é expressão do exercício de uma "ação cautelar" autônoma, entendida esta como o poder instrumental (direito subjetivo) de provocar um provimento jurisdicional, apto a criar uma situação de garantia, para assegurar uma hipotética situação jurídica contra o perigo de dano eminente.

Daí porque, sem embargo de estar coordenada à ação de mérito, a ação cautelar, inominada ou não, é sempre uma ação distinta e autônoma<sup>(39)</sup>. Vale dizer que, não obstante sua natureza eminentemente instrumental, a ação de prevenção "tem — como afirma ROCCO — individualidade própria frente à causa de mérito"<sup>(40)</sup>. É que o método e os objetivos da ação cautelar são próprios e distintos daqueles divisados na ação principal.

Por isso mesmo, não se requer medida cautelar atípica em simples petição avulsa no bojo de processo principal, nem tampouco como simples tópico de petição inicial da ação de mérito.

(39) CALVOSA, ob. cit., pág. 759.

(40) Ob. cit., pág. 426.

O rito especial e sumário da ação cautelar é inacumulável com o da ação principal. Aquela aspira à celeridade, contentando-se com notícia sumária e superficial dos fatos autorizadores da medida preventiva; esta anseia pela ampla busca da verdade real, em procedimento de pleno contraditório e ampla e irrestrita defesa.

O procedimento da ação cautelar, embora não possa fugir do sistema contraditório, é restrito apenas à apuração da necessidade ou não da medida de garantia, em caráter provisional.

Na verdade, porém, todas as fases lógicas do procedimento judicial terão de ser observadas. Isto é, o processo há de iniciar por petição inicial do promovente (C.P.C., art. 801), seguida de citação do promovido (idem, art. 802), com oportunidade de contestação, instrução probatória, e encerramento necessário por sentença (idem, art. 803).

Há, como se vê, tal como ocorre no processo de mérito, as fases de postulação, de saneamento, de instrução e de decisão.

As medidas cautelares (salvo os casos excepcionais a que alude o art. 797 do C.P.C.) não surgem avulsamente no curso do processo principal, ou antes de sua propositura. Todo procedimento cautelar, como ensina ROCCO, tem um início, um desenvolvimento e um fim<sup>(41)</sup>. Configura, de tal arte, um processo gerado, em concreto, pelo exercício do direito de ação por parte de quem tem o poder de provocar o órgão judicial a fazer atuar a jurisdição<sup>(42)</sup>.

A relação jurídica processual cautelar há de ser instalada entre as mesmas partes que têm legitimidade para o processo principal. E, por ser resultado de procedimento necessariamente contencioso, não se concebe o deferimento de medida cautelar, típica ou atípica, sem determinação do sujeito passivo. O sujeito passivo da injunção cautelar tem de ser, naturalmente, certo e determinado<sup>(43)</sup>.

**Ad instar** das medidas cautelares específicas, é possível o exercício do poder geral de cautela tanto em procedimento preparatório como em procedimento incidental; isto é, tanto em ação cautelar exercitada antes da ação principal, como durante o curso desta (C.P.C., art. 796).

Inclui-se, outrossim, entre os poderes atribuídos ao juiz do processo cautelar, seja nos procedimentos específicos, seja no exercício do poder geral de cautela, a faculdade de conceder a medida de segurança previamente, ou seja, antes da cita-

(41) Ob. cit., 100. cit..

(42) CALVOSA, ob. cit., pág. 773.

(43) CALVOSA, ob. cit., pág. 789.

ção do promovido (C.P.C., art. 604). A medida "inaudita altera parte", todavia, não exclui a contenciosidade do procedimento, não afetando, por isso mesmo, o direito de defesa do requerido. Uma vez realizada a providência da urgência, o promovido será citado e terá oportunidade de contestar a ação, competindo ao juiz, a final, decidir a pretensão cautelar, segundo o que restar provado nos autos. A medida tomada liminarmente, assim, será mantida ou cassada, conforme o que se apurar na instrução de causa.

### 19. Contra-Cautela

A proteção cautelar dirige-se predominantemente ao interesse público de preservar a força e utilidade do processo principal para o desempenho da missão de promover a justa composição da lide.

Por isso, não é ela apanágio do promovente da ação cautelar. Muitas vezes, o juiz ao conceder a garantia pleiteada pelo requerente, sente que também o requerido pode correr algum risco de dano, também merecedor de precaução processual.

Para contornar tais situações, existe a figura da **contra-cautela**, segundo a qual o juiz, ao conceder determinada providência cautelar a uma parte, condiciona a consecução da medida à prestação de caução, a cargo do requerente (C.P.C., arts. 799 e 804).

Essa contra-cautela é de imposição **ex-officio** pelo juiz, mas nada impede que seja provocada por requerimento do promovido, se houver inércia do magistrado.

O cabimento da caução é viável tanto perante as medidas específicas como diante das inespecíficas.

Com a contra-cautela, o juiz estabelece um completo e equitativo regime de garantia ou prevenção, de sorte a tutelar bilateralmente todos os interesses em risco (44).

Note-se que a contra-cautela não é uma imposição permanente da lei ao juiz, que tenha de ser observada em todo e qualquer deferimento de medida cautelar. É apenas uma faculdade a ele oferecida, cujo exercício dependerá da verificação, no caso concreto, da existência de risco bilateral para ambos os litigantes na situação litigiosa a acautelar.

(44) Para PESTANA DE AGUIAR, a contra-cautela se apresenta "como providência contraposta não só às medidas específicas, como às inespecíficas emanadas do poder cautelar do juiz, num bem equilibrado sistema legal de pesos e contra-pesos" ("Síntese Informativa do Processo Cautelar", in "Seleções Jurídicas" (ADV), vol. 19, n.º 16, pág. 30).

Trata-se, na verdade, de um grande remédio colocado nas mãos do juiz para agilizar a pronta prestação da tutela preventiva. Assim, nos casos de dúvida ou insuficiência das provas liminares, o juiz ao invés de indeferir a medida de urgência, deverá, na sistemática da contra-cautela, impor ao requerente a prestação da competente caução (45).

É importante observar, contudo, que essa prestação liminar de caução favorece o deferimento **initio litis** da medida cautelar, mas não dispensa o requerente do ônus de provar os fatos constitutivos dos requisitos legais da tutela cautelar, na fase instrutória do processo, se seu pedido vier a ser contestado.

### 20. Coisa julgada

A coisa julgada **material**, na sistemática de nosso Código de Processo Civil, é o fenômeno pelo qual a sentença de **mérito** torna-se imutável e indiscutível, seja no processo em que foi prolatada, seja em qualquer outro que venha futuramente a ser instaurado entre as mesmas partes ou seus sucessores (C.P.C., arts. 467 e 468).

Uma vez que o processo cautelar não cuida de solucionar a lide, nele não há decisão de mérito, de maneira que não se pode cogitar de coisa julgada **material** diante do deferimento ou indeferimento das medidas cautelares. Aqui, portanto, a coisa julgada **formal** é a única que se manifesta, como decorrência do encerramento da relação processual, uma vez esgotada a possibilidade de impugnação recursal.

Além da ausência de julgamento de mérito, a **provisoriedade** é da essência da tutela cautelar, de sorte que, a qualquer tempo, mesmo depois da sentença que formalmente encerra o processo de prevenção, sempre é possível ao juiz, em nova relação processual, rever a medida já deferida, quer para modificá-la, quer para revogá-la (C.P.C., art. 807).

Num único caso a sentença do processo cautelar adquire a autoridade da coisa julgada **material**: é quando, excepcionalmente, o juiz, entrando no mérito da controvérsia existente entre os litigantes, acolhe, desde logo no julgamento da pretensão preventiva, a exceção material de prescrição ou decadência, nos termos do art. 810 do C.P.C.

(45) "...a caução funciona, pois, em qualidade de cautela da cautela, ou, como se diz autorizadamente, de **contracautela**: enquanto a providência cautelar serve para prevenir os danos que poderiam nascer do retardamento da providência principal, e sacrifica tal objeto, em vista da urgência, as exigências da justiça às da celeridade, a caução que acompanha a providência cautelar serve para assegurar o ressarcimento dos danos que poderiam causar-se à parte contrária pela excessiva celeridade da providência cautelar, e deste modo restabelece o equilíbrio entre as duas exigências discordantes" (CALAMANDREI, "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", pág. 64, **apud** MOURA ROCHA, "Exegese do Cód. Proc. Civil", 1.ª ed. pág. 104).

## 21. Competência

Segundo o art. 880 do C.P.C., a competência para o procedimento cautelar é do juiz que preside a causa principal já em andamento, ou, se, ainda não foi esta proposta, é do juiz competente para conhecer dela, futuramente.

A regra decorre do princípio geral da acessoriedade (C.P.C., art. 108)<sup>(46)</sup>, posto que toda ação cautelar está, necessariamente, vinculada a uma ação do mérito, mesmo que esta ainda não tenha sido proposta, ao tempo do requerimento da medida preventiva (C.P.C., art. 796)<sup>(47)</sup>.

Entre as duas ações ocorre, portanto, o fenômeno da prevenção, via de regra, de sorte que a quem primeiramente for ajuizada fixará a competência para a que lhe seguir, pouco importando que a primeira seja a principal ou a cautelar.

A norma do art. 800 não prevê, textualmente, exceções, e, em se cuidando de preceito pertinente a competência funcional, deveria redundar em competência **absoluta e imutável**. Mas, diante da missão mesma que é destinada à função cautelar, de eliminar, prontamente, o risco de dano, a doutrina e a jurisprudência têm admitido, em sua grande maioria, que tal preceito não é absoluto e inflexível.

Assim, PONTES DE MIRANDA, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, LOPES DA COSTA e PESTANA DE AGUIAR, entre outros, ensinam que, em caso de urgência, em que se mostre inviável o requerimento perante o juiz da causa principal, a medida cautelar pode ser requerida ao juiz do local dos bens em risco de lesão. Esse juiz é, natural e logicamente, o único capaz de evitar o dano e eliminar, no momento necessário, o risco concreto e atual<sup>(48)</sup>. Deferida a medida e afastada a situação perigosa, os autos serão remetidos ao juiz da causa principal, para julgamento final e apensamento aos autos do procedimento de mérito (C.P.C., art. 809).

## 22. Sucumbência e Honorários Advocatícios

Séria tem sido a controvérsia doutrinária e jurisprudencial em torno da imposição de honorários advocatícios ao sucumbente na ação cautelar.

Os que defendem a aplicação completa das regras da sucumbência ao processo cautelar, partem do princípio de que, no caso, existe uma **ação**, diversa e autônoma, que não se confunde com a ação principal, tanto que uma mesma parte pode sair vencedora na ação cautelar e vencida na ação principal, ou vice-versa.

(46) "A ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal" (C.P.C., art. 108).

(47) "O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente" (C.P.C., art. 796).

(48) Cfr. PESTANA DE AGUIAR, ob. cit., n.º 6, págs. 13-14.

A corrente que nega a possibilidade de imposição da verba advocatícia nos procedimentos cautelares baseia-se, a seu turno, no fato de que tais procedimentos seriam meros incidentes do processo principal, onde não se julga o mérito, mas apenas prepara-se o terreno para tal julgamento. Assim, na solução do mérito, isto é, na ação principal, é que se dará aplicação às regras pertinentes à sucumbência.

As duas correntes são extremadas.

O certo é que as ações cautelares não são simples incidentes do processo principal, seja porque seu fundamento e seu objetivo nada têm que ver com iguais elementos do processo principal; seja porque o processo cautelar pode existir e ser julgado antes do principal, não ficando descartada a possibilidade de que este, na realidade, jamais venha a ser proposto; seja porque a solução de um deles, em regra, não influi no julgamento do outro.

Havendo, portanto, inegável autonomia lógica e jurídica entre os dois procedimentos (pois o vínculo existente entre eles é apenas instrumental), parece-me claro que o sucumbente em cada um deles terá de arcar com as conseqüências completas de sua derrota processual, assumindo a responsabilidade integral pelas custas do processo e honorários advocatícios da parte contrária.

Na própria lei encontra-se dispositivo expresso em que se revela a intenção do legislador de incluir a verba advocatícia entre as responsabilidades do vencido no procedimento cautelar. Trata-se do art. 819 do C.P.C., onde se prevê que a suspensão da execução do arresto, quer por meio do pagamento da dívida, quer por meio de caução, deve compreender recolhimento ou depósito do principal, custas e honorários advocatícios, que o juiz arbitrar.

Mas, o que não se pode deixar de observar é que a **disputa judicial** em torno de uma providência cautelar é sempre objeto de **ação**, como sinônimo de pretensão contenciosa geradora de **processo cautelar**. As medidas cautelares, porém, nem sempre são alcançadas por via contenciosa, já que muitas vezes são requeridas e concretizadas sem qualquer disputa entre os interessados. Pode até acontecer que ambas as partes tenham igual interesse na providência preventiva que apenas uma delas tomou a iniciativa de requerer.

Na vida prática do foro é muito fácil encontrar inúmeros casos de vitorias, seqüestros, depósitos, suspensão de atos ou efeitos jurídicos de certos atos etc., que, após o requerimento formulado por uma parte não provocam relação contenciosa com o adversário.

É que inexistindo um litígio a dirimir no bojo do procedimento preventivo, e mesmo porque inexistente um direito substancial de cautela, que tenha de estar em controvérsia para autorizar a tutela cautelar, muitas vezes o pedido de providência preventiva assume feição unilateral, provocando procedimento de natureza mais administrativa que jurisdicional.

Cumpra, pois, distinguir entre a medida cautelar e o processo cautelar. Medida cautelar ocorre sempre que se defere qualquer providência de prevenção em face do objeto e demais elementos do processo principal.

Mas, processo cautelar, como procedimento verdadeiramente contencioso, só ocorre quando o pedido de medida cautelar é contestado pelo promovido.

Alí sim, estabelecido um conflito efetivo de interesses no campo da tutela preventiva, em razão da resistência do adversário, teremos uma relação processual capaz de provocar a configuração de parte vencedora e parte vencida, ao final do procedimento. E, em consequência, teremos os consectários da sucumbência processual, previstos no art. 20 do C.P.C., ou seja, a imposição ao sucumbente da condenação nas custas do processo e honorários advocatícios da parte vencedora.

Em síntese:

a) se a tutela cautelar limita-se ao plano de uma simples medida cautelar, de cunho administrativo, não há sucumbência; o requerente paga as custas e não há condenação pertinente a honorários;

b) mas, se o pedido cautelar é objeto de contestação e o procedimento (seja preparatório, seja incidental) torna-se contencioso, então o vencido terá de responder por custas e honorários de advogado, perante o vencedor, sem ter de aguardar o resultado do processo principal, em face da autonomia jurídica existente entre ambos.

### 23. Revogação das Medidas Cautelares

Tal como acontece com qualquer medida cautelar típica, também as atípicas são sempre revogáveis ou modificáveis, até mesmo pelo próprio juiz que as houver deferido (C.P.C., art. 807).

Admitido que condição imprescindível da medida cautelar é o perigo iminente de um dano irreparável, que ameaça o direito que se pretende fazer valer no juízo principal, é necessário admitir também que vindo a desaparecer o perigo, ou ficando provada a inexistência originária desse perigo, a medida já deferida e realizada terá de ser revogada, porque, em tal situação, não apenas desaparece a razão de ser do provimento cautelar, mas este, de fato, torna-se ilegítimo e injusto<sup>(49)</sup>.

Como, todavia, o deferimento da medida se deu em procedimento bilateral, com participação ou possibilidade de participação contraditória do adversário, impõe-se que, também, na revogação, se observe o mesmo método. Assim, não será lícito ao juiz decidir pedido unilateral de uma das partes, nem agir "ex-officio",

(49) CALVOSA, ob. cit., págs. 810-811.

cumprindo-lhe, antes de revogar ou modificar a medida cautelar, ensejar oportunidade de defesa ao adversário do requerente. O procedimento da revogação ou modificação, em outras palavras, deve ser o mesmo do deferimento ou concessão da medida.

### 24. Conclusões

Nosso Código de Processo Civil avançou diante de toda a legislação de seu tempo, ao sistematizar e regular, exaustivamente, o processo cautelar, destinando-lhe um Livro próprio, consagrando princípios, fundamentos e objetivos específicos da tutela de prevenção e dando corpo efetivo à autonomia que a doutrina, desde muito, reclamava para a tutela jurisdicional de prevenção.

Dentro dessa regulamentação, nada foi mais importante do que a disciplina do poder geral de cautela do juiz civil.

Embora não fosse esse poder de todo ausente do Código anterior, o certo é que doutrina e jurisprudência o acolhiam com tantas restrições, que praticamente o anulavam na aplicação aos casos concretos.

Com as previsões dos arts. 798 e 799, o novo Código de Processo Civil realçou e assertou, em bases sólidas, o poder genérico de realizar a tutela cautelar em favor de qualquer direito ou interesse litigioso em risco de dano antes da solução do processo principal.

Com isso nosso direito positivo se atualizou e se aproximou das grandes e modernas legislações européias, como a inglesa, a alemã, a austríaca e a italiana.

Confiou-se, assim, às mãos do Judiciário um grande poder discricionário, para completar a lei e realizar a tutela de prevenção sem restrições prévias quanto ao tipo de providência a tomar na defesa dos direitos em risco.

"Não é sem motivo — anota GALENO LACERDA — que se considere tal atribuição como a mais importante e delicada de quantas confiadas à magistratura. Ela exige do juiz, chamado a resolver as mais graves e imprevistas dificuldades, uma compreensão viva, um conhecimento profundo do direito e da jurisprudência, ao mesmo tempo que um espírito sagaz e pronto a apreender, de imediato, a solução motivada que se lhe solicite", como observa CURET<sup>(50)</sup>.

Mas, por mais difícil e delicada que se mostre a tarefa de realizar a tutela cautelar geral, nenhuma outra conquista na área do processo civil moderno se mostra, no momento, tão irreversível e tão indispensável quanto ela à inteireza da função jurisdicional de realizar a mais completa e mais justa composição dos litígios.

(50) GALENO LACERDA, ob. cit., pág. 136; CURET, "De la Jurisdiction des Référés", vol. I, pág. 1.